

Aldersgrenser i arbeidsforhold

- om adgangen til å bringe arbeidsforhold til opphør i henhold til aml. § 15-13a



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 520

Leveringsfrist: 26.04.2011

Til sammen 16919 ord

25.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Avhandlingens problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Den videre fremstilling	4
<u>2</u>	<u>BEGREPSBRUK</u>	<u>5</u>
<u>3</u>	<u>RETTSKILDENE</u>	<u>7</u>
3.1	Innledning	7
3.2	Lovregler	7
3.3	Norske forarbeider	8
3.4	Rettspraksis fra norske domstoler	9
3.5	Rådsdirektiv 2000/78/EF	12
3.6	EU-domstolens avgjørelser	12
<u>4</u>	<u>RELEVANTE DISKRIMINERINGSBESTEMMELSER I</u>	
	<u>AML. KAPITTEL 13</u>	<u>14</u>
4.1	Innledning	14
4.2	Aml. § 13-1	14
4.3	Aml. § 13-2	15
4.4	Aml. § 13-3	16

<u>5</u>	<u>RELEVANTE BESTEMMELSER I RÅDS DIREKTIV 2000/78/EF</u>	<u>18</u>
<u>6</u>	<u>ADGANGEN TIL Å BRINGE ET ARBEIDSFORHOLD TIL OPPHØR I</u>	
	<u>HENHOLD TIL AML. § 15-13a</u>	<u>24</u>
6.1	Innledning	24
6.2	Bakgrunnen for aml. § 15-13a	24
6.3	Spørsmål om gruppetilnærming	26
6.4	70-årsgrensen i aml. § 15-13a (1) første punktum	26
6.5	Adgangen til å fastsette lavere aldersgrenser enn 70 år	28
6.5.1	Oversikt - rettslig utgangspunkt	28
6.5.2	Rettsgrunnlag for lavere aldersgrenser enn 70 år	30
6.5.3	Vilkåret "saklig begrunnet"	33
6.5.3.a	Rettslig utgangspunkt	33
6.5.3.b	Avgrensning av saklighetsbegrepet	33
6.5.3.c	Nærmere om hva som kan være en saklig begrunnelse	34
6.5.3.d	Særlig om sikkerhetsmessige hensyn	37
6.5.3.e	Særlig om sysselsettingshensyn	39
6.5.3.f	Særlig om hensynet til verdig avgang	42
6.5.4	Vilkåret "ikke uforholdsmessig inngripende"	44
6.5.4.a	Rettslig utgangspunkt	44
6.5.4.b	Arbeidstakers økonomiske stilling	45
6.5.4.c	Antall rammede arbeidstakere	49
6.6	Formkrav ved opphør av arbeidsforhold grunnet alder	52
6.7	Twister over aldersgrensers lovlighet	54
6.7.1	Innledning	54
6.7.2	Arbeidstakers rett til å stå i stilling under tvist	54
6.7.3	Virkninger av at en aldersgrense kjennes ulovlig	56

6.8	Vurdering av adgangen til å bringe et arbeidsforhold til opphør i henhold til aml. § 15-13a	58
<u>7</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>60</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>61</u>

1 Innledning

1.1 Avhandlingens problemstilling

Problemstillingen i denne avhandlingen er hvilken adgang det er til å bringe en arbeidstakers arbeidsforhold til opphør på grunnlag av aldersgrenser.

Avhandlingen vil hovedsaklig dreie seg om adgangen til å bringe et arbeidsforhold til opphør i henhold til lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

(arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62¹ § 15-13a. Bestemmelsen inneholder både en generell aldersgrense for opphør av arbeidsforhold ved fylte 70 år, og vilkår for adgang til å fastsette lavere aldersgrenser.

Aml. § 15-13a trådte i kraft 1. januar 2010.² Bestemmelsen avløste aml. § 15-7 (4), som nå er opphevet. Den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977³ inneholdt en bestemmelse i § 60 nr. 3 som innebar at fylte 70 år var saklig grunn til oppsigelse.

Opphør av arbeidsforhold som følge av at arbeidstaker når en viss aldersgrense vil etter sin ordlyd være i strid med det generelle forbudet mot diskriminering på grunn av arbeidstakers alder i aml. § 13-1 (1). Aml. § 15-13a utgjør således et unntak fra denne bestemmelsen. Reglene i aml. § 15-13a må derfor sees i sammenheng med reglene om forbud mot diskriminering i arbeidsforhold.

¹ Heretter omtalt som arbeidsmiljøloven eller aml.

² Tilføyd ved lov 19 juni 2009 nr.39 (ikr. 1. jan 2010 iflg. res. 19 juni 2009 nr. 822)

³ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. av 4. februar 1977 nr. 4

1.2 Avgrensning

Problemstillingen i avhandlingen vil i hovedsak bli besvart innenfor rammene av arbeidsmiljølovens bestemmelser om aldersgrenser og aldersdiskriminering. Dette innebærer for det første at bestemmelser i særlovgivningen tilsvarende aml. § 15-13a ikke vil være gjenstand for særskilt behandling. Jeg vil likevel komme noe inn på sjømannsloven⁴ § 19 nr. 1, 6. ledd, i den grad det kan trekkes analogier fra denne bestemmelsen til aml. § 15-13a.

For det andre tas det ikke sikte på å redegjøre generelt for diskrimineringsvernet i norsk rett. Alder er det relevante diskrimineringsgrunnlag i forbindelse med aml. § 15-13a. Ved siden av arbeidsmiljølovens diskrimineringsbestemmelser, er de mest sentrale lovene om diskriminering likestillingsloven⁵, diskrimineringsloven⁶ og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven⁷, som alle regulerer ulike diskrimineringsgrunnlag. Diskrimineringsvernet i norsk rett er således spredt over flere lover. Forslag om å samle diskrimineringsbestemmelsene i én lov er fremmet i NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern*. I den videre fremstillingen vil disse diskrimineringslovene falle utenfor avhandlingens rammer å behandle nærmere.

For ansatte i staten gjelder egne bestemmelser om aldersgrenser. Disse følger av lov om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn⁸. Hovedregelen følger av lovens § 2. Den alminnelige aldersgrense er 70 år, jfr. første punktum. Videre er det adgang til å fastsette lavere aldersgrenser dersom tjenesten medfører uvanlig fysisk eller psykisk belastning på tjenestemennene, slik at de normalt ikke makter å skjøtte arbeidet forsvarlig til fylte 70 år, jfr. annet punktum lit. a. Det er også adgang til dette dersom tjenesten stiller spesielle krav til fysiske eller psykiske egenskaper som normalt blir

⁴ Sjømannslov (Sjømannsloven) av 30. mai 1975 nr. 18

⁵ Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 9. juni 1978 nr. 45

⁶ Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) av 3. juni 2005 nr. 33

⁷ Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) av 20. juni 2008 nr. 42

⁸ Lov om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn (Aldersgrenseloven) av 21. desember 1956 nr. 1

sterkere svekket før fylte 70 år enn det en forsvarlig utføring av tjenesten tilsier, jfr. annet punktum lit. b. Reglene om aldersgrenser for statsansatte vil ikke bli nærmere omtalt i avhandlingen.

Innenfor rammene av arbeidsmiljølovens bestemmelser, er det også nødvendig med enkelte avgrensninger.

Temaet for avhandlingen er opphør av arbeidsforhold på grunnlag av *høy* alder. Aldersdiskriminering kan imidlertid også forekomme på grunnlag av *lav* alder, for eksempel i forbindelse med utvelgelseskriterier i tilknytning til omstillingsprosesser i en bedrift. Arbeidsmiljølovens diskrimineringsvern omfatter både diskriminering på grunnlag av høy alder og på grunnlag av lav alder. Dette kan utledes av ordlyden i aml. § 13-1 (1), som forbyr diskriminering på grunn av alder generelt. Aldersdiskriminering på grunnlag av lav alder vil imidlertid ikke behandles nærmere i avhandlingen.

Aldersdiskriminering i arbeidsforhold reiser problemstillinger både når det gjelder *ansettelse* av eldre og *opphør* av eldre arbeidstakers arbeidsforhold. Eldre mennesker som befinner seg utenfor arbeidsmarkedet kan ha vanskeligheter med å finne nytt arbeid. Fra rettspraksis finnes eksempler på avgjørelser om regler som gir utvidet adgang til midlertidig ansettelse for å gjøre eldre mer attraktive i arbeidsmarkedet. En slik regel var aktuell i den såkalte Mangolddommen⁹, som er nærmere omtalt i punkt 3.6. Denne avhandlingen dreier seg kun om opphør av arbeidsforhold, slik at spørsmål i forbindelse med ansettelser faller utenfor fremstillingen. Problematikken i forhold til ansettelser av eldre arbeidstakere illustrerer imidlertid at aldersdiskriminering som tema har flere sider enn forholdet til avslutning av arbeidsforhold.

1. januar 2010 trådte pensjonsreformen i kraft.¹⁰ Pensjonsreformen innebærer blant annet endringer i folketrygdloven¹¹ og lovgivningen tilknyttet tjenestepensjonsordninger. Lovendringene som følger av pensjonsreformens

⁹ Sag C-144/04 Werner Mangold mod Rüdiger Helm

¹⁰ Blant annet ved lov om endringer i folketrygdloven (ny alderspensjon) av 5. juni 2009 nr. 32

¹¹ Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19

ikrafttredelse kan ha betydning for adgangen til å bringe et arbeidsforhold til opphør i henhold til aml. § 15-13a. Et formål med pensjonsreformen er å få flere arbeidstakere til å arbeide lenger.¹² Dersom formålet oppnås, kan det blant annet tenkes at flere arbeidstakere vil ønske å arbeide utover tidspunktet for oppnådd aldersgrense. Etter som reformen trådte i kraft relativt nylig, er det ikke klart hvilke konsekvenser den på lang sikt kan få for reglene om aldersgrenser. Avhandlingen kommer ikke nærmere inn på pensjonsreformen, men jeg understreker at dette trolig vil være et aktuelt tema for reglene om aldersgrenser i tiden fremover.

1.3 Den videre fremstilling

Avhandlingen består av syv hovedpunkter. Min forståelse av enkelte sentrale begreper blir redegjort for i punkt 2. I punkt 3 gis en kortfattet oversikt over de mest sentrale rettskilder som anvendes i avhandlingen. I punkt 4 redegjøres nærmere for innholdet i diskrimineringsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 13, og i punkt 5 gis en oversikt over det sentrale innholdet i rådsdirektivet. Innholdet i aml. kapittel 13 og i rådsdirektivet er relevant for forståelsen av aml. § 15-13a, derfor presenteres bestemmelsene i disse regelverkene før jeg kommer inn på adgangen til å bringe arbeidsforhold til opphør på grunnlag av aldersgrenser i henhold til aml. § 15-13a. I punkt 6 står den generelle 70-årsgrensen og adgangen til å fastsette lavere aldersgrenser sentralt. Hvilke rettsgrunnlag aldersgrenser kan være forankret i, samt vilkårene ”*saklig begrunnet*” og ”*ikke uforholdsmessig inngripende*” drøftes nærmere. Formkravene i aml. § 15-13a blir også redegjort for i denne delen. Videre omtales hvilke regler som gjelder ved tvist over aldersgrensers lovlighet, herunder arbeidstakers rett til å stå i stilling og virkningene av at en aldersgrense kjennes ulovlig. Avslutningsvis i punkt 6 vil jeg foreta en vurdering av enkelte reelle hensyn i forbindelse med adgangen til å bringe arbeidsforhold til opphør på grunnlag av aldersgrenser. I punkt 7 vil jeg på bakgrunn av den forutgående redegjørelsen konkludere med hvilken adgang det er til å bringe et arbeidsforhold til opphør på grunnlag av aldersgrenser.

¹² Ot.prp. nr. 37 (2008-2009) s. 78

2 Begrepsbruk

I arbeidsrettslig terminologi blir forskjellige uttrykk brukt om aldersgrenser som medfører at et arbeidsforhold bringes til opphør. I denne avhandlingen vil jeg benytte begrepet *70-årsgrensen* om den generelle aldersgrensen som følger av aml. § 15-13a (1) første punktum. Begrepet *særaldersgrenser* benyttes om lavere aldersgrenser enn 70 år, som kan være lovlige i henhold til aml. § 15-13a (1) annet punktum, jfr. aml. § 13-3 (2).

Begrepene *diskriminering* og *forskjellsbehandling* benyttes til dels om hverandre i norsk rett. Arbeidsmiljøloven kapittel 13 benytter hovedsaklig *diskriminering*, men loven inneholder ingen generell definisjon av begrepet. I EU-rettslig sammenheng benyttes normalt begrepet *forskjellsbehandling*. Forarbeidet til arbeidsmiljøloven av 2005 tillegger ikke begrepene noen realitetsforskjell.¹³ I denne avhandlingen benyttes begrepene noe om hverandre. Jeg understreker imidlertid at *forskjellsbehandling* i utgangspunktet kan ta sikte på enhver form for ulik behandling, uten at denne behandlingen nødvendigvis er ulovlig i henhold til diskrimineringsbestemmelsene i aml. kapittel 13.

Det bør også sondres mellom uttrykkene *opphør* av arbeidsforhold og *oppsigelse* av arbeidsforhold. *Oppsigelse* er en av flere måter å bringe et arbeidsforhold til opphør på. Begrepet *oppsigelse* blir i denne avhandlingen brukt for å betegne opphør av arbeidsforhold etter reglene i aml. § 15-7. Ved oppsigelse i henhold til denne bestemmelsen gjelder egne formkrav, jfr. aml. § 15-4. Hvor aml. § 15-7 benytter begrepet *oppsigelse*, benytter aml. § 15-13a begrepet *opphør*. Som jeg kommer nærmere inn på i punkt 6.6, er det egne formkrav for henholdsvis aml. § 15-7 og § 15-13a.

¹³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325

Jeg vil også presisere anvendelsen av forkortelsene *EF* og *EU*. EF-domstolen skiftet navn til EU-domstolen i forbindelse med Lisboa-traktatens¹⁴ ikrafttredelse den 1. desember 2009. Årsaken til denne endringen var at domstolen med traktatens ikrafttredelse fikk utvidet sin myndighet til å dømme innenfor hele det EU-rettslige system, og ikke kun etter EF-retten. Som en følge av dette finner jeg det naturlig å referere til domstolen og avgjørelsene fra tiden før traktatens ikrafttredelse som *EF-domstolen*. Når det gjelder omtale av domstolen i sin alminnelighet og etter traktatens ikrafttredelse, vil jeg imidlertid referere til den som *EU-domstolen*.

¹⁴ Lissabontraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, underskrevet i Lissabon den 13. december 2007 (dansk oversettelse)

3 Rettskildene

3.1 Innledning

I dette punktet følger en kortfattet presentasjon av de sentrale rettskilder som anvendes i avhandlingen. Rettskildebildet er preget av at det foreligger begrenset med relevant rettspraksis fra norske og internasjonale domstoler. Forarbeidene er imidlertid innholdsrike på mange punkter. Jeg presiserer at min anvendelse av rettskildene baseres på alminnelig juridisk metode i norsk rett, slik det blant annet kommer til uttrykk i Eckhoff (2001)¹⁵.

3.2 Lovregler

Arbeidsmiljøloven er det sentrale lovgrunnlaget i avhandlingen. Lovens § 15-13a inneholder altså regler om adgangen til å bringe et arbeidsforhold til opphør på grunnlag av alder.

Aml. § 15-13 a har følgende ordlyd:

1) Arbeidsforholdet kan bringes til opphør når arbeidstaker fyller 70 år. Lavere aldersgrense kan følge av annet grunnlag når grensen er saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inngripende, jf. § 13-3 andre ledd.

2) Arbeidstaker har krav på skriftlig varsel om tidspunktet for fratreden. Fratreden kan tidligst kreves seks måneder etter den første dag i måneden etter at varslet er kommet frem til arbeidstaker.

¹⁵ Eckhoff (2001) s. 15 flg.

(3) Før varsel gis skal arbeidsgiver så langt det er mulig innkalle arbeidstaker til en samtale, med mindre arbeidstaker selv ikke ønsker det.

(4) Arbeidstaker som ønsker å fratre, har en tilsvarende varslingsfrist på en måned, likevel slik at kravet til skriftlighet ikke gjelder.

Reglene i aml. § 15-13a er *lex specialis* i forhold til bestemmelsene om aldersdiskriminering i aml. § 13-1 flg. De er altså spesielle unntaksbestemmelser fra reglene om aldersdiskriminering, som kun tar sikte på anvendelse av aldersgrenser. Jeg kommer nærmere inn på den generelle 70-årsgrensen og adgangen til å fastsette lavere aldersgrenser enn 70 år i henhold til aml. § 15-13a i avhandlingens punkt 6.

Aml. kapittel 13 inneholder bestemmelser om arbeidsmiljølovens vern mot diskriminering i arbeidsforhold. Bestemmelsene i dette kapittelet gjennomfører rådsdirektiv 2000/78/EF¹⁶ i norsk rett, se videre om dette i punkt 3.5 og 5. Aml. §§ 13-1, 13-2 og 13-3 er særlig relevante for innholdet i aml. § 15-13a. Årsaken til dette er at bestemmelsene i aml. § 15-13a som nevnt er unntak fra forbudet mot diskriminering i aml. § 13-1 flg. Innholdet i disse bestemmelsene blir redegjort nærmere for i punkt 4. I tillegg drøftes aml. § 13-9 om virkninger ved brudd på aml. kapittel 13 i punkt 6.7.3.

3.3 Norske forarbeider

Flere norske forarbeider er relevante for avhandlingens tema. Ettersom det sentrale lovverket for avhandlingen følger av arbeidsmiljøloven, vil forarbeidene til denne være av særlig interesse.

For det første er *Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)* relevant. Dette er forarbeidet til arbeidsmiljøloven av 2005. Her omtales blant annet 70-årsgrensen i § 60 nr. 3 i arbeidsmiljøloven av 1977, samt videreføringen av det alminnelige diskrimineringsvern i aml. kapittel 13.

¹⁶ Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (dansk oversettelse), heretter omtalt som rådsdirektivet eller direktivet

Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.) er forarbeidet til en av endringslovene til arbeidsmiljøloven. Forarbeidet omhandler blant annet vedtakelsen av aml. § 15-13a.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet avga i 2008 *Utredning om arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd ("70-årsregelen")*, hvor ulike interesseorganisasjoner og partene i arbeidslivet deltok som referansegruppe. Flere deler av utredningen er gjengitt i *Ot.prp. nr. 54 (2008-2009)*, men utredningen er til dels mer utdypende.

Det foreligger flere forarbeider til den opphevede arbeidsmiljøloven av 1977. Jeg benytter *Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.* Forarbeidet angår ikke bestemmelsene i aml. § 15-13a direkte, men det dreier seg blant annet om den opprinnelige innføringen av et eget kapittel (XA) om likebehandling i arbeidslivet i arbeidsmiljøloven av 1977, som nå er videreført i aml. kapittel 13.

3.4 Rettspraksis fra norske domstoler

I dette punktet følger en oversikt over avgjørelsene som benyttes i avhandlingen. For å fremstille rettsutviklingen på en oversiktlig måte, omtales avgjørelsene her i kronologisk rekkefølge. I den forbindelse presiserer jeg at avgjørelsenes rettskildemessige vekt beror på i hvilken instans de er avsagt. Videre må det tas i betraktning at flere avgjørelser er anket, uten at rettskraftig avgjørelse foreligger ennå. Det må derfor tas høyde for at slutninger som trekkes fra disse avgjørelsene kan bli endret etter behandlingen i ankeinstansen.

I den såkalte Statoildommen¹⁷, avsagt av Stavanger tingrett i 2006, er spørsmålet om en oppsigelse på grunnlag av etablert praksis om en særaldersgrense på 67 år i en bedrift kunne håndheves etter implementeringen av rådsdirektiv 2000/78/EF. Dommen er rettskraftig. Statoildommen blir blant annet kommentert i punkt 6.5.2 om rettsgrunnlag for særaldersgrenser, og i punkt 6.5.3.c om saklige begrunnelser.

¹⁷ TSTAV-2005-75777

I den såkalte Helikopterpilotdommen¹⁸ fra Gulating lagmannsrett i 2009, er spørsmålet om en tariffavtalt bestemmelse om fratreden fra stilling for helikopterpiloter ved fylte 60 år var i strid med diskrimineringsforbudet i aml. § 13-3 (2). Avgjørelsen ble anket, men ankebehandlingen i Høyesterett er utsatt¹⁹ inntil det foreligger avgjørelse i EU-domstolens sak C-447/09²⁰. Avgjørelsen drøftes nærmere i punkt 6.5.3.d om sikkerhetsmessige hensyn som saklig begrunnelse, og i punkt 6.6 om formkrav ved opphør grunnet aldersgrenser.

I den såkalte Kystlinkdommen²¹, avsagt i Høyesterett i 2010, ble en 64 år gammel skipselektriker sagt opp på grunn av alder i medhold av bestemmelsen i sjømannsloven § 19 nr. 1, 6. ledd. Høyesterett tar stilling til om aldersgrensen på 62 år for sjømenn var i strid med bestemmelsene om diskriminering i sjømannsloven §§ 33 og 33B. Bestemmelsene tilsvarer aml. § 15-13a og diskrimineringsbestemmelsene i kapittel 13. Kystlinkdommen dreier seg altså ikke om reglene i arbeidsmiljøloven. Det er hovedsaklig to årsaker til at avgjørelsen etter min oppfatning likevel er relevant. For det første fordi de aktuelle bestemmelsene i sjømannsloven ligger nært opp til innholdet i arbeidsmiljølovens bestemmelser om diskriminering og aldersgrenser. Årsaken til dette er at bestemmelsene i sjømannsloven implementerer samme direktiv som diskrimineringsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven, altså 2000/78/EF. Den eneste forskjellen mellom aldersgrensen i sjømannsloven § 19 nr. 1, 6. ledd og aml. § 15-13a, er at arbeidsmiljølovens bestemmelse er 70 år, mens sjømannslovens aldersgrense er 62 år. For det andre bygger Høyesterett i Kystlinkdommen blant annet på forarbeidene til arbeidsmiljøloven i Ot. prp. nr. 54 (2008-2009) i vurderingen av bestemmelsene i sjømannsloven.²² Dette viser at Høyesterett anser bestemmelsene i arbeidsmiljøloven for å være relevante i forhold til bestemmelsene i sjømannsloven. Kystlinkdommen drøftes nærmere under fremstillingen av særlovgivningen som rettsgrunnlag for aldersgrenser i punkt 6.5.2. Dessuten drøftes avgjørelsen under fremstillingen av

¹⁸ LG-2009-41184 (sak. nr. 09-041184ASD-GULA/AVD2)

¹⁹ HR-2010-1398-F

²⁰ Sag C-447/09 Reinhard Prigge, Michael Fromm og Volker Lambach mod Deutsche Lufthansa AG

²¹ HR-2010-00303-A (sak. nr. 2009/1594)

²² Premiss 64

sikkerhetshensyn som saklige begrunnelser i punkt 6.5.3.d og under fremstillingen av forholdsmessighetsvurderingen for lavere aldersgrenser enn 70 år i punkt 6.5.4.a.

I den såkalte SAS-pilotdommen²³ avsagt av Borgarting lagmannsrett i 2010, ble ti piloter over 60 år sagt opp på grunn av virksomhetens forhold. Saksforholdet er altså ikke at arbeidsforholdet opphørte på grunn av en aldersgrense. Saken er likevel relevant, fordi den tar stilling til om oppsigelsene var omfattet av unntaket fra diskrimineringsforbudet i aml. § 13-3 (2). SAS-pilotdommen er anket til Høyesterett²⁴, og er således ikke rettskraftig. Avgjørelsen drøftes nærmere i punkt 6.5.4.b om betydningen av arbeidstakers økonomiske stilling.

Den nyeste avgjørelsen er den såkalte Gjensidigedommen²⁵, avsagt i Borgarting lagmannsrett 13.12.2010. I denne saken er spørsmålet om en bedriftsintern aldersgrense på 67 år var lovlig. Gjensidigedommen er anket inn for Høyesterett²⁶, men ikke behandlet ennå. Avgjørelsen er derfor ikke rettskraftig. Etter min oppfatning er saken egnet for behandling i Høyesterett. Dette da lagmannsrettens dom i begrenset grad inneholder prinsipielle vurderinger av reglene om aldersgrenser i arbeidsmiljøloven. Avgjørelsen redegjøres nærmere for i punkt 6.5.3.e om betydningen av sysselsettingshensyn som saklig begrunnelse for lavere aldersgrenser enn 70 år. Den blir også drøftet i punkt 6.5.4.b om betydningen av arbeidstakers økonomiske stilling ved forholdsmessighetsvurderingen av lavere aldersgrenser enn 70 år. I punkt 6.7.2 drøftes lagmannsrettens vurdering av om den oppsagte arbeidstakeren i saken hadde rett til å stå i stilling under tvistens behandling i domstolene.

²³ LB-2009-165616 (sak. nr. 09-165616ASD-BORG/02)

²⁴ HR-2010-2107-U

²⁵ LB-2010-99479 (sak. nr. 10-099479ASD-BORG/03)

²⁶ HR-2011-521-U

3.5 Rådskonrektiv 2000/78/EF

Rådskonrektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 ble den 1. mai 2004 implementert i arbeidsmiljøloven av 1977, i kapittel XA.²⁷ Bestemmelsene er videreført i arbeidsmiljøloven av 2005 kapittel 13. Bestemmelsene om unntak fra diskrimineringsforbudet i artikkel 6 nr. 1 er spesielt relevante, fordi bestemmelsene i aml. § 15-13a og § 13-3 bygger på innholdet i denne artikkelen. Direktivets innhold og relevans i norsk rett drøftes nærmere i punkt 5.

3.6 EU-domstolens avgjørelser

Det foreligger flere avgjørelser fra EU-domstolen vedrørende rådskonrektiv 2000/78/EF. Jeg benytter fire avgjørelser som jeg mener er særlig relevante.

Mangolddommen er den første avgjørelsen hvor EF-domstolen foretar en inngående redegjørelse av reglene om aldersdiskriminering i direktivet. Saken dreier seg om gyldigheten av en tysk lov som unntok arbeidstakere over 52 år fra begrensninger i adgangen til å foreta midlertidige ansettelser. Selv om avgjørelsen ikke dreier seg om aldersgrenser, er den relevant fordi domstolen vurderer loven opp mot unntaksbestemmelsen i direktivets artikkel 6 nr 1. Jeg kommer nærmere inn på avgjørelsen i punkt 6.5.4.c.

De la Villa-dommen²⁸ dreier seg om en spansk lov som åpnet for at tvungen pensjonering i en alder av 65 år kunne fastsettes gjennom tariffavtaler. Avgjørelsen inneholder sentrale drøftelser om sysselsettingshensyn som saklig begrunnelser. Avgjørelsen er nærmere omtalt i punkt 6.5.3.e.

²⁷ Tilføyd ved lov 26 mars 2004 nr. 15 om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m. (i kraft 1 mai 2004 iflg. res. 26 mars 2004 nr. 574)

²⁸ Sag C-411/05 Félix Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA

I Age Concern-dommen²⁹ tar domstolen stilling til om en britisk lovregel som tillot opphør av arbeidsforhold ved fylte 65 år var lovlig. Avgjørelsen følger i hovedsak opp de la Villa-dommens standpunkter. Uttalelsene om hva som er legitime formål og om statenes skjønnsmargin er i det vesentlige sammenfallende. Avgjørelsen blir blant annet kommentert under fremstillingen av saklige begrunnelser i punkt 6.5.3.c.

Den nyeste avgjørelsen fra EU-domstolen som omtales i avhandlingen, er den såkalte Rosenbladtdommen³⁰. I denne saken hadde en ansatt i et rengjøringsbyrå fratrådt sin stilling i medhold av en tariffavtalt aldersgrense. En tysk lovregel åpnet for at slike aldersgrenser kunne fastsettes i tariffavtaler. Avgjørelsen kommenteres nærmere under fremstillingen av tariffavtaler som rettslig grunnlag for aldersgrenser i punkt 6.5.2, og i forbindelse med arbeidstakerens økonomiske stilling som moment i vurderingen av aldersgrensers forholdsmessighet i punkt 6.5.4.b.

²⁹ Sag C-388/07 The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) mod Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform

³⁰ Sag C-45/09 Gisela Rosenblatt mod Oellerking Gebäudereinigungsges

4 Relevante diskrimineringsbestemmelser i aml. kapittel 13

4.1 Innledning

Rettsutviklingen både i Norge og internasjonalt går i retning av et sterkere fokus på likebehandling av mennesker. Dette avspeiles også i arbeidsretten.³¹

Diskrimineringsbestemmelsene i norsk rett bygger i stor utstrekning på regler nedfelt i konvensjoner som Norge har ratifisert. Disse konvensjonene dekker ulike områder og har ulike formål. Blant de generelle internasjonale konvensjoner nevnes som eksempler EMK artikkel 14, SP artikkel 26 og ILO-konvensjon nr. 111.³²

Alder står i en særskilt stilling som diskrimineringsgrunnlag. Årsaken er at aldersdiskriminering i norsk rett bare inngår som diskrimineringsgrunnlag i arbeidsmiljøloven, og gjør seg derfor kun gjeldende i arbeidsforhold, jfr. aml. § 1-2 (1). Diskrimineringslovene som nevnt i punkt 1.2 gjelder derimot generelt, både i og utenfor arbeidsforhold. Alder som diskrimineringsgrunnlag er med andre ord ikke gjenstand for et like bredt vern som grunnlagene i de øvrige diskrimineringslovene.

4.2 Aml. § 13-1

Aml. § 13-1 (1) inneholder arbeidsmiljølovens generelle forbud mot diskriminering i arbeidsforhold. Hovedregelen i (1) lyder:

Direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering eller alder er forbudt.

³¹ Jakhelln (2006) s. 64

³² Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, International Labour Organizations konvensjon om diskriminering i sysselsetting og yrke

Aml. § 13-1 (1) er ikke forbeholdt diskriminering på grunnlag av alder. Dette er et av flere diskrimineringsgrunnlag som er omfattet av diskrimineringsvernet i arbeidsforhold. Bestemmelsen er etter sin ordlyd vilkårsløs. Den fastslår kun at diskriminering på de nevnte grunnlag er forbudt.

Bestemmelsen benytter begrepene direkte og indirekte diskriminering, som begge er omfattet av forbudet. Arbeidsmiljøloven inneholder ingen definisjon av disse begrepene. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 legger til grunn at det med direkte diskriminering menes at en person behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon.³³ Direkte diskriminering kan i tillegg til å bestå av direkte handlinger, også omfatte unnlattelse av å handle. For eksempel kan det foreligge direkte diskriminering dersom en person nektes en jobb utelukkende på grunnlag av sitt politiske syn. Forarbeidene omtaler videre indirekte diskriminering som enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som faktisk virker slik at en person stilles dårligere enn andre.³⁴ Et eksempel på slik indirekte diskriminering kan være at en arbeidsgiver unnlater å tilrettelegge forholdene på arbeidsplassen for arbeidstakere som har spesielle behov.

4.3 Aml. § 13-2

Aml. § 13-2 fastslår hva diskrimineringsvernet i aml. kapittel 13 omfatter. Diskrimineringsvernet omfatter alle sider av arbeidsforholdet, og gjelder således generelt, jfr. (1). Oppregningen i aml. § 13-2 må derfor bare leses som eksempler på tilfeller som er omfattet av reglene. Av særlig interesse for avhandlingens tema er angivelsen av *opphør* i (1) lit. d). Jeg understreker imidlertid at også aldersdiskriminering ved *ansettelse* av arbeidstakere er omfattet av diskrimineringsvernet, jfr. (1) lit. a). Diskriminering på grunnlag av alder er altså i utgangspunktet forbudt, både ved ansettelse av arbeidstaker og ved opphør av arbeidsforholdet.

³³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325

³⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325

4.4 Aml. § 13-3

Det generelle diskrimineringsforbudet i aml. § 13-1 innebærer ikke at enhver form for forskjellsbehandling er forbudt. Likebehandlingskravet er altså ikke absolutt.³⁵ Reglene er i utgangspunktet ikke til hinder for at en arbeidsgiver behandler arbeidstakere ulikt. Forskjellsbehandlingen er først ulovlig når den begrunnes i et forhold som er oppregnet i aml. § 13-1, og som ikke er omfattet av en unntaksbestemmelse. Det er altså bare den diskriminerende forskjellsbehandling som er forbudt.

Arbeidsmiljølovens generelle unntak fra diskrimineringsforbudet i aml. § 13-1 (1) følger av § 13-3 (1). Bestemmelsen lyder:

Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven her. (min utheving)

Bestemmelsen innebærer at det ikke skal regnes som forskjellsbehandling etter loven dersom tre grunnvilkår er oppfylt. Forskjellsbehandlingen må ha et saklig formål, den må ikke være uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og den må være nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke. Alle vilkårene i bestemmelsen må være oppfylt for at forskjellsbehandlingen skal være lovlig.

Unntaksbestemmelsen gjelder generelt i arbeidsforhold. Den omfatter alle former for diskriminering, og alle diskrimineringsgrunnlag som følger av arbeidsmiljøloven.³⁶ Forarbeidene til arbeidsmiljøloven legger til grunn at unntaksbestemmelsen som utgangspunkt skal tolkes strengt.³⁷

Unntaket i aml. § 13-3 (2) gjelder kun for diskriminering på grunnlag av alder, for deltidsansatte og midlertidig ansatte. Aml. § 13-3 (2) lyder:

³⁵ Jakhelln (2006) s. 189

³⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327

³⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 327

*Forskjellsbehandling som er **nødvendig for å oppnå et saklig formål** og som ikke er **uforholdsmessig inngripende** overfor den eller de som forskjellsbehandles er ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering, diskriminering på grunn av alder eller diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt. (min utheving)*

Forskjellen mellom de to første leddene i aml. § 13-3 er at (2) ikke stiller som vilkår at forskjellsbehandlingen skal være nødvendig for utøvelsen av arbeidet eller yrket. At forskjellsbehandling er nødvendig for utøvelsen av arbeidet eller yrket, kan for eksempel være tilfellet dersom et teater søker en kvinnelig skuespiller for å inneha en kvinnerolle i et skuespill. Ordlyden i aml. § 13-3 (2) har ikke et tilsvarende vilkår, og åpner derfor for en noe videre adgang til å gjøre unntak fra diskrimineringsforbudet i aml. § 13-1 på grunnlag av alder, deltidsansettelse og midlertidig ansettelse.

I forhold til reglene om aldersgrenser i aml. § 15-13a er aml. § 13-3 (2) den mest relevante bestemmelsen i aml. kapittel 13. Sammenhengen mellom bestemmelsene følger direkte av ordlyden i aml. § 15-13a (1) annet punktum, som uttrykkelig viser til aml. § 13-3 (2). Forarbeidene til aml. § 15-13a viser dessuten til vilkårene i aml. § 13-3 (2) i sin vurdering av om aml. § 15-7 (4) kunne videreføres slik den ble fortolket og praktisert.³⁸ I merknadene til lovteksten presiseres det også at aml. § 15-13a skal tolkes innenfor rammene av aml. § 13-3 (2).³⁹ Forskjellen mellom bestemmelsene er at aml. § 13-3 (2) gjør et generelt unntak for alder som diskrimineringsgrunnlag, mens aml. § 15-13a spesielt gjør unntak fra forbudet mot aldersdiskriminering for aldersgrenser.

³⁸ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 59-60

³⁹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 85

5 Relevante bestemmelser i Rådsdirektiv 2000/78/EF

Bestemmelsene i aml. kapittel 13 gjennomfører som nevnt innholdet i rådsdirektiv 2000/78/EF. Direktivet inngår i EUs såkalte ikke-diskrimineringspakke, sammen med rådsdirektiv 2000/43/EF⁴⁰ om vern mot etnisk diskriminering. Direktivet er ikke hjemlet i EØS-avtalen, og norske myndigheter var derfor ikke forpliktet til å implementere det i norsk rett. Dette ble likevel gjort, uavhengig av EØS-avtalen. Direktivet var i følge forarbeidene ønskelig å implementere ut ifra en hensiktsmessighetsvurdering.⁴¹

Det kan spørres om det har noen rettskildemessig betydning at direktivet ikke er hjemlet i EØS-avtalen. Spørsmålet er nærmere bestemt om direktivet og EU-domstolens praksis skal tillegges mindre vekt ved fortolkningen av bestemmelsene om aldersgrenser og aldersdiskriminering i arbeidsmiljøloven.

Som et utgangspunkt kan det vises til at norsk rett i følge det såkalte presumpsjonsprinsippet forutsettes å være i overensstemmelse med folkeretten.⁴² Presumpsjonsprinsippet er et alminnelig tolkningsprinsipp i norsk rett. Innholdet i prinsippet er hovedsaklig at nasjonale domstoler skal tolke nasjonal rett i samsvar med folkeretten. Prinsippet omfatter i utgangspunktet all folkerett, herunder EU-retten.

Direktivets rettskildestatus ble vurdert i Kystlinkdommen. I denne avgjørelsen tolker Høyesteretts flertall arbeidsmiljølovens forarbeider⁴³ slik at domstolene må forholde seg til direktivet når de skal fastlegge hvilke krav unntaksbestemmelsen i sjømannsloven

⁴⁰ Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (dansk oversettelse)

⁴¹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 14

⁴² Ruud, Ulfstein (2006) s. 64

⁴³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 196-197

stiller for at en aldersgrenseregel skal kunne opprettholdes.⁴⁴ Høyesterett legger til grunn at de aktuelle norske lovreglene må tolkes og anvendes i tråd med direktivet, slik det er forstått i EU-domstolens praksis.⁴⁵ Etter min vurdering må derfor direktivet og EU-domstolens fortolkning av dette tillegges betydelig vekt ved fastleggelsen av innholdet i bestemmelsene i arbeidsmiljøloven.

Jeg understreker at direktivet ikke kommer direkte til anvendelse overfor norske bedrifter som praktiserer aldersgrenser. Direktivets artikkel 16 fastslår at det er medlemsstatene som er pliktsubjekter etter direktivet. I Gjensidigedommen bemerker lagmannsretten på s. 18:

”(...) EU-direktivet er et rammedirektiv, som i første rekke retter seg mot statene. Statene må i sin tur sørge for at overholdelse av europeisk rett ivaretas på nasjonalt plan.”

Bedrifter med særaldersgrenser skal som utgangspunkt derfor bare forholde seg direkte til reglene i arbeidsmiljøloven.

Direktivet er et minimumsdirektiv, jfr. artikkel 8 nr. 1. Dette betyr at direktivet ikke er til hinder for at det på nasjonalt plan gis bestemmelser som gir arbeidstakerne et bedre vern mot diskriminering enn det som følger av direktivet.

Formålet med direktivet er i følge artikkel 1 å gjennomføre prinsippet om likebehandling i arbeidslivet ved å bekjempe forskjellsbehandling, blant annet på grunnlag av alder. Et generelt forbud mot forskjellsbehandling, både på direkte og indirekte grunnlag, følger av artikkel 2 nr. 1, sammenholdt med artikkel 1. Bestemmelsen har sitt norske motstykke i aml. § 13-1 (1).

Direktivet oppstiller tre unntak fra det generelle forbudet i artikkel 2 nr. 1. Av disse unntakene er det art. 6 nr. 1 som i hovedsak svarer til reglene i aml. § 15-13a. For helhetens skyld nevner jeg også de øvrige unntakene.

⁴⁴ Premiss 55

⁴⁵ Premiss 56

For det første er det gjort et generelt unntak dersom forskjellsbehandlingen er objektivt begrunnet i et legitimt formål og midlene for å oppnå dette formålet er hensiktsmessige og nødvendige, jfr. artikkel 2 nr. 2 lit. b) i). I arbeidsmiljøloven følger det generelle unntaket fra diskrimineringsforbudet som nevnt av § 13-3 (1).

For det andre er det gjort unntak for forskjellsbehandling som finner sted på grunnlag av yrkesmessige kvalifikasjonskrav, jfr. artikkel 4 nr. 1. Bestemmelsen tar sikte på tilfeller hvor det er nødvendig å gjøre unntak fra diskrimineringsforbudet for at arbeidstakeren skal kunne utføre det arbeidet vedkommende settes til.⁴⁶

Det tredje unntaket følger av direktivets artikkel 6 nr. 1. Denne bestemmelsen er som nevnt gjennomført i aml. §§ 15-13a og 13-3 (2). I EU-domstolens avgjørelser vedrørende aldersgrenser i arbeidsforhold står innholdet i artikkel 6 nr. 1 sentralt i domstolens drøftelser. Artikkel 6 oppstiller et særskilt unntak fra diskrimineringsforbudet i artikkel 2 nr. 1 for forskjellsbehandling på grunnlag av alder. Artikkel 6 nr. 1 første avsnitt lyder:

*Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er **objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret**, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er **hensigtsmæssige og nødvendige**.* (min utheving)

Vilkårene om at forskjellsbehandlingen må være ”objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne av den nationale ret” og at ”midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige” ligger etter sin ordlyd nært opp til vilkårene i unntaksbestemmelsen i artikkel 2 nr. 2. Den eneste forskjellen er at ordet ”rimeligt” ikke fremgår av ordlyden i artikkel 2 nr. 2. Dermed kan det stilles spørsmål ved om denne ordlydsforskjellen har betydning for anvendelsen av bestemmelsene. I Age Concern-dommen fastslår domstolen at det er utenkelig at forskjellsbehandling kan være begrunnet i et legitimt formål og at midlene som benyttes i den forbindelse er hensiktsmessige og nødvendige, uten at begrunnelsen da også er

⁴⁶ NOU 2003: 2 s. 46

rimelig.⁴⁷ Jeg legger det derfor til grunn som avklart at forskjellen i formuleringene ikke skal tillegges betydning.

Unntaket i artikkel 6 nr. 1 omfatter i motsetning til artikkel 2 nr. 2 b) i) både direkte og indirekte forskjellsbehandling. Dette følger av formuleringen ”*uanset artikkel 2, stk. 2*” innledningsvis i bestemmelsen. Unntaket i artikkel 2 nr. 2 b) i) gjelder bare for indirekte forskjellsbehandling. I artikkel 6 skilles det derimot ikke mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling.

Artikkel 6 nr. 1 angir tilfeller hvor forskjellsbehandling kan være tillatt. ”...*legitime beskæftigelses-, arbeidsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål...*” er likevel kun ment som eksempler, og de utgjør ingen uttømmende oppregning av aksepterte former for forskjellsbehandling.⁴⁸

Bestemmelsen angir dessuten i annet avsnitt lit. a) til c) eksempler på forskjellsbehandling som kan anses å være saklige formål forankret i nasjonal sysselsettingspolitikk. Dette kan være minstekrav til alder for adgang til ansettelse (lit. a), minimumskrav til alder for adgang til visse fordeler (lit. b) eller øvre aldersgrenser basert på krav til utdanning (lit. c).

Betraktning nr. 14 i direktivets fortale reiser enkelte spørsmål av interesse for avhandlingens tema. Her blir det slått fast at direktivet ikke berører nasjonale bestemmelser vedrørende fastsettelse av pensjonsalder. Det har vært tvil om hvordan ordlyden i denne betraktningen skal tolkes.⁴⁹

For det første kan det spørres hvor omfattende uttrykket ”*nationale bestemmelser*” er ment å være. Problemstillingen er nærmere bestemt om bestemmelsen tar sikte på å unnta enhver form for aldersgrense fra direktivets anvendelsesområde, eller om det bare siktes til at medlemsstatene kan fastsette en pensjonsalder uavhengig av direktivet.

⁴⁷ Premiss 65

⁴⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 194

⁴⁹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 59

EF-domstolen fastslår i de la Villa-dommen at betraktning 14 ikke er til hinder for at direktivet anvendes på nasjonale bestemmelser om opphør av arbeidsforhold for arbeidstakere som når pensjonsalder.⁵⁰ Betraktning 14 skal derfor ikke være til hinder for at det fastsettes en alminnelig pensjonsalder i nasjonal lovgivning. Derimot vil nasjonale regler om *tvungen* avgang i forbindelse med oppnådd pensjonsalder være gjenstand for vurdering i henhold til reglene om aldersdiskriminering i direktivet. I norsk rett er en slik oppfatning også lagt til grunn i forarbeidene.⁵¹ Dette innebærer at det må trekkes et skille mellom nasjonale regler som kun fastsetter en pensjonsalder på den ene side, og på den annen side nasjonale regler som knytter slike pensjonsaldre til pliktmessig avgang.

I den såkalte Rosenbladtdommen påpekes det at bestemmelser i nasjonal rett om tvungent opphør ikke uten videre er ulovlige i henhold til direktivet, selv om tvungen avgang ikke uttrykkelig nevnes i artikkel 6.⁵² Dette følger av at bestemmelsen som nevnt ikke er uttømmende. Forutsetningen er imidlertid at vilkårene om at tiltaket må være hensiktsmessig og nødvendig for å oppnå et saklig formål er oppfylt.⁵³

For det andre kan begrepet *pensjonsalder* i fortalens betraktning 14 være uklart i EU-rettslig sammenheng. Årsaken til dette er at innholdet i begrepet kan variere mellom statene. De nærmere spørsmål dette begrepet reiser, vil jeg imidlertid ikke gå nærmere inn på i denne avhandlingen.

I forbindelse med betraktning nr. 14 i direktivets fortale vil jeg også peke på artikkel 6 nr. 2. Her fremgår det at medlemsstatene har adgang til å fastsette ”*aldersgrænser for adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger*”. Bestemmelsen slår klart fast at aldersgrenser tilknyttet pensjonsordninger kan være tillatt. Artikkel 6 nr. 2 angir altså et legitimt anvendelsesområde for aldersgrenser i henhold til direktivets forbud mot diskriminering. Bestemmelsen må i følge forarbeidene til aml. § 15-13a leses på

⁵⁰ Premiss 44

⁵¹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 60

⁵² Premiss 40

⁵³ Premiss 40

bakgrunn av at frivillig avgang med pensjon ved en gitt alder samtidig kan være direkte diskriminering av yngre arbeidstakere.⁵⁴ Slik diskriminering kan imidlertid være tillatt i medhold av artikkel 6 nr. 2, og innfortolkes i aml. § 13-3 (2). Bestemmelsen innebærer altså at ordninger som gir en rett, men ikke plikt til pensjon ved en viss alder, kan opprettholdes.⁵⁵

⁵⁴ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 59

⁵⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 196

6. Adgangen til å bringe et arbeidsforhold til opphør i henhold til aml. § 15-13a

6.1 Innledning

Aml. § 15-13a gir arbeidsgiver adgang til å bringe arbeidstakers arbeidsforhold til opphør på to forskjellige grunnlag. Det ene grunnlaget er at arbeidstaker fyller 70 år, jfr. (1) første punktum. Det andre grunnlaget er lavere aldersgrenser, som krever at nærmere vilkår er oppfylt, jfr. (1) annet punktum. Fremstillingen vil inneholde en gjennomgang av gjeldende rett i forhold til begge grunnlagene.

6.2 Bakgrunnen for aml. § 15-13a

Aml. § 15-7 inneholder bestemmelser om vern mot usaklig oppsigelse. Bestemmelsens fjerde ledd lød:

Oppsigelse med fratrede før fylte 70 år som alene skyldes at arbeidstaker har nådd pensjonsalder etter folketrygdloven, skal ikke anses å være saklig begrunnet. Etter at arbeidstaker er fylt 66 år, men ikke senere enn seks måneder før pensjonsalderen inntreffer, kan arbeidsgiver skriftlig spørre om arbeidstaker ønsker å fratre sin stilling ved nevnte pensjonsalder. Forespørselen må besvares skriftlig senest tre måneder før arbeidstaker når pensjonsalderen. Dersom det uttrykkelig er gjort oppmerksom på det i forespørselen, medfører oversittelse av svarfristen at oppsigelsesvernet etter dette ledd faller bort.

Aml. § 15-7 (4) var formelt ikke en regel om aldersgrenser, men en regel om oppsigelse som presiserte saklighetskravet. Ettersom aml. § 15-13a er en relativt ny bestemmelse, tar flere rettskilder i denne avhandlingen utgangspunkt i gjeldende rett under aml. § 15-7 (4). Jeg vil derfor påpeke enkelte forskjeller mellom innholdet i aml. § 15-7 (4) og gjeldende aml. § 15-13a.

For det første fulgte det ikke uttrykkelig av aml. § 15-7 (4) at en oppsigelse som følge av at arbeidstakeren fylte 70 år var saklig. Første punktum i bestemmelsen tok nemlig direkte sikte på ”*oppsigelse med fratredden før fylte 70 år*”. At oppsigelser ved fylte 70 år var saklig, fulgte av en antitetisk tolkning av ordlyden i bestemmelsen. I aml. § 15-13a fremgår det nå uttrykkelig at arbeidsforholdet kan bringes til opphør når arbeidstaker fyller 70 år. Endringen innebærer altså ingen realitetsendring, kun en klargjøring av gjeldende rett.

For det andre angir aml. § 15-13a uttrykkelig vilkårene for at lavere aldersgrenser enn 70 år kan være gyldige. Aml. § 15-7 (4) anga kun i hvilket tilfelle en oppsigelse *ikke* skulle regnes for å være saklig begrunnet, nemlig når den alene skyldtes at arbeidstakeren nådde pensjonsalderen. Det fulgte for øvrig av ulovfestet rett at det forelå en begrenset adgang til å fastsette lavere aldersgrenser enn 70 år for opphør av arbeidsforhold. Vilårene etablert gjennom rettspraksis⁵⁶ var at aldersgrensen måtte være praktisert konsekvent i bedriften, den måtte være alminnelig kjent for de ansatte, og den måtte være tilknyttet en pensjonsordning. Bestemmelsen i aml. § 15-13a er i følge forarbeidene til bestemmelsen ikke ment å innebære noen realitetsendring i forhold til tidligere rett.⁵⁷

I tillegg er det i aml. § 15-13a inntatt særskilte formkrav ved opphør av arbeidsforhold grunnet aldersgrenser. Aml. § 15-7 (4) inneholdt ingen slike spesielle formkrav. Et spørsmål i den forbindelse er om arbeidsforhold derfor opphørte av seg selv ved nådd aldersgrense, eller om det var nødvendig for arbeidsgiver å gi arbeidstaker formell oppsigelse i henhold til formkravene i aml. § 15-4. Rettspraksis gir ingen entydig løsning på denne problemstillingen. Forarbeidene til aml. § 15-13a gir uttrykk for at gjeldende rett fremstod som uavklart i forhold til hvilke form- og prosessregler som kom til anvendelse under aml. § 15-7 (4), og at det var behov for å gjøre dette klarere i loven.⁵⁸ Problemstillingen drøftes nærmere under fremstillingen av formkrav ved opphør grunnet aldersgrenser i punkt 6.6. Forholdet mellom bestemmelsene om

⁵⁶ For eksempel RG-1968-371, NAD-1986-207, LB-1995-1486

⁵⁷ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 85

⁵⁸ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 59

aldersgrenser og oppsigelsesbestemmelsene reiser også spørsmål i forbindelse med arbeidstakers rett til å stå i stilling under tvist. Dette drøftes nærmere i punkt 6.7.2.

6.3 Spørsmål om gruppetilnærming

Bestemmelsene i aml. § 15-13a innebærer at et hvert arbeidsforhold kan bringes til opphør når arbeidstaker oppnår aldersgrensen. De krever ikke at det foretas en individuell vurdering av den enkelte arbeidstakers forhold. Det kan spørres om en slik gruppetilnærming kan være lovlig i henhold til diskrimineringsreglene i direktivet og bestemmelsene i aml. § 13-1 flg. Spørsmålet er med andre ord om det per definisjon vil være diskriminerende å vurdere arbeidstakere som én samlet gruppe.

I forarbeidene⁵⁹ fastslås det under henvisning til de la Villa-dommen at en slik gruppetilnærming er lovlig. I de la Villa-avgjørelsen kom domstolen til at en lovmessig adgang til å opprette tariffavtaler var tillatt i henhold til direktivets diskrimineringsbestemmelser.⁶⁰ Uttalelsene i forarbeidene har senere fått tilslutning av Høyesterett i Kystlinkdommen.⁶¹ Jeg legger derfor til grunn at den gruppetilnærming som 70-årsgrensen i aml. § 15-13a innebærer, er gyldig i henhold til direktivets forbud mot aldersdiskriminering.

6.4 70-årsgrensen i aml. § 15-13a (1) første punktum

Utgangspunktet i aml. § 15-13a er at et arbeidsforhold kan bringes til opphør når arbeidstaker fyller 70 år, jfr. (1) første punktum. Utover kravet om fylte 70 år, stilles altså ingen vilkår for at bestemmelsen kommer til anvendelse. Når en arbeidstaker fyller 70 år, vil dette i seg selv være tilstrekkelig for å bringe arbeidsforholdet til opphør.

Aml. § 1-9 slår fast at arbeidsmiljøloven bare kan fravikes dersom det er til fordel for arbeidstaker. Bestemmelsen åpner likevel for at det kan gjøres unntak til ulempe for

⁵⁹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 60

⁶⁰ Premiss 77

⁶¹ Premiss 65

arbeidstaker i de tilfeller hvor det er særskilt fastsatt i loven. Aml. § 15-13a er et eksempel på et slikt unntak. Ved oppnådd aldersgrense bortfaller arbeidstakers ordinære oppsigelsesvern etter aml. § 15-7. I forhold til ansettelser, reengasjering eller videreføring av arbeidsforhold bemerker forarbeidene til aml. § 15-13a at arbeidstakere som har fylt 70 år ikke lenger vil ha stillingsvern etter arbeidsmiljøloven, og at bestemmelsene om midlertidige ansettelser i aml. § 14-9 ikke lenger får noen praktisk anvendelse.⁶²

Da tidligere aml. § 15-7 (4) ble videreført i nåværende aml. § 15-13a, ble det i forarbeidene til endringsloven lagt til grunn at det i henhold til EU-domstolens praksis ikke ville være i strid med direktivet å ha en lovbestemt aldersgrense på 70 år.⁶³ EF-domstolen har blant annet tatt stilling til en generell lovfastsatt aldersgrense i Age Concern-dommen. I denne avgjørelsen legges det til grunn at slike aldersgrenser kan være lovlige i henhold til unntaksbestemmelsen i art. 6 nr. 1 første avsnitt, forutsatt at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.⁶⁴

Forarbeidene tar altså utgangspunkt i at 70-årsgrensen ikke er i strid med direktivet. Ved vurderingen av om regelen *burde* videreføres ved lovendringen, ble det i forarbeidene pekt på momenter både for og imot å ha en aldersgrense.⁶⁵

For å opprettholde 70-årsgrensen blir det blant annet pekt på at utfordringene med å få arbeidstakere til å arbeide lenger ikke primært ligger i aldersgruppen over 70 år, men i lavere aldersgrupper. Dessuten talte hensynet til verdig avgang fra arbeidslivet for en aldersgrense på 70 år. Med sistnevnte siktes til at en eldre arbeidstaker ellers risikerer å havne i en situasjon hvor bedriften må gå til oppsigelse fordi vedkommende ikke lenger er egnet til å utføre arbeidet i stillingen på en tilfredsstillende måte. Momentets vekt i forhold til lavere aldersgrenser enn 70 år er omtalt i punkt 6.5.3.f.

⁶² Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 86

⁶³ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 66

⁶⁴ Premiss 52

⁶⁵ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 66

Mot å opprettholde 70-årsgrensen talte etter departementets vurdering blant annet at den demografiske utvikling går i retning av at folk flest lever lengre enn tidligere. Dette vil innebære en økning i offentlige pensjonsutgifter.⁶⁶ Utviklingen kan altså gjøre det nødvendig at arbeidstakere står lenger i arbeid. En opphevelse av bestemmelsen kunne lagt til rette for at de som ønsker å arbeide lenger fikk større mulighet til dette. I forbindelse med behovet for å sysselsette eldre, nevner forarbeidene også oppnåelse av formålet med pensjonsreformen som et argument mot å opprettholde 70-årsgrensen.⁶⁷ Et hovedformål med pensjonsreformen er som nevnt i punkt 1.2 å få flere arbeidstakere til å arbeide lenger. Slik er hensikten å opprettholde finansieringen av pensjonssystemet, til tross for økt levealder.

Det er viktig å understreke at den generelle 70-årsgrensen i aml. § 15-13a ikke innebærer noen plikt for arbeidstakeren til å fratre. Dette kommer blant annet til uttrykk i forarbeidenes merknader til lovteksten.⁶⁸ Bestemmelsen bruker ordet ”*kan*” om adgangen til å bringe et arbeidsforhold til opphør ved fylte 70 år. Det må derfor legges til grunn at bestemmelsen kun gir arbeidsgiver en *adgang* til å bringe arbeidsforhold til opphør når arbeidstaker fyller 70 år.

6.5 Adgangen til å fastsette lavere aldersgrenser enn 70 år

6.5.1 Oversikt – rettslig utgangspunkt

Adgangen til å fastsette lavere aldersgrenser enn 70 år for opphør av arbeidsforhold er regulert i aml. § 15-13a (1) annet punktum. Bestemmelsen fastslår at lavere aldersgrenser enn 70 år kan følge av ”*annet grunnlag*” dersom to vilkår er oppfylt. Vilkårene er at aldersgrensen må være saklig begrunnet og at aldersgrensen ikke må være uforholdsmessig inngripende. Det er altså tale om kumulative vilkår, slik at begge må være oppfylt.

⁶⁶ http://www.ssb.no/magasinet/norge_verden/art-2010-01-25-01.html

⁶⁷ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 66

⁶⁸ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 85

Som nevnt i punkt 6.2 var vilkårene for å fastsette lavere aldersgrenser enn 70 år før ikrafttreddelsen av aml. § 15-13a at aldersgrensen måtte være konsekvent håndhevet, allment kjent og kombinert med en pensjonsordning. Etter min oppfatning er det uklart om lovgiver mente at vilkårene i aml. § 15-13a skal komme i tillegg til disse vilkårene, eller om de erstatter dem. I Gjensidigedommen uttaler lagmannsretten på side 19 at bedriftsfastsatte aldersgrenser som følger av praksis fra før gjennomføringen av direktivet ikke per definisjon er i samsvar med reglene i arbeidsmiljøloven. Lovligheten av aldersgrensen måtte derimot bero på en konkret fortolkning av aml. § 13-3 (2). Jeg tolker lagmannsrettens uttalelse dit hen at selv om aldersgrensene tidligere ble ansett å være gyldige, vil de ikke uten videre være det i henhold til kriteriene for unntak i aml. § 13-3 (2) og direktivet.

Etter min oppfatning inngår vilkårene i tidligere ulovfestet rett nå i den vurdering som følger av aml. § 15-13a. At aldersgrensen måtte være konsekvent håndhevet og allment kjent må fortsatt kreves i forhold til aldersgrenser som følger av andre rettgrunnlag enn uttrykkelige avtaler eller reglement. Rettsgrunnlag for særaldersgrenser er nærmere omtalt i punkt 6.5.2. Når det gjelder kravet om at aldersgrensen må være tilknyttet en pensjonsordning, står dette fortsatt sentralt i vurderingen av om aldersgrensen er uforholdsmessig inngripende. Denne vurderingen kommer jeg nærmere inn på i punkt 6.5.4.

Forarbeidene til unntaksbestemmelsen som nå følger av aml. § 13-3 uttaler at oppfyllelsen av vilkårene om saklig begrunnelse og forholdsmessighet beror på en konkret og skjønnsmessig vurdering.⁶⁹ I en slik skjønnsmessig vurdering kan en rekke momenter spille inn. I det følgende redegjør jeg først for hva som kan være et gyldig rettsgrunnlag for lavere aldersgrenser enn 70 år. Deretter behandler jeg innholdet i vurderingen av vilkårene ”*saklig begrunnet*” og ”*ikke uforholdsmessig inngripende*” hver for seg.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 41

6.5.2 Rettsgrunnlag for lavere aldersgrenser enn 70 år

I dette punktet vil jeg redegjøre for hva som kan være gyldige rettsgrunnlag for særaldersgrenser i henhold til aml. § 15-13a. Spørsmålet i forhold til avhandlingens problemstilling er om adgangen til å bringe et arbeidsforhold til opphør er begrenset avhengig av hvilket rettsgrunnlag aldersgrensen er forankret i.

Aml. § 15-13a åpner for at lavere aldersgrenser enn 70 år kan fremgå av ”*annet grunnlag*”. Arbeidsmiljøloven angir ikke nærmere hva som ligger i dette uttrykket.

I Statoildommen uttaler retten at det er

”...adgang til å løse spørsmålet om særaldersgrense i avtaleverk mellom partene i arbeidslivet, herunder både i individuelle avtaler og tariffavtaler, under forutsetning av at disse fyller lovens og direktivets saklighetsvilkår.”

Videre legger forarbeidene til aml. § 15-13a til grunn at aldersgrenser for opphør av arbeidsforhold under 70 år kan følge av lov, arbeidsavtale, tariffavtale, arbeidsreglement eller bedriftspensjonsordning.⁷⁰

Formuleringen ”*annet grunnlag*” tolker jeg etter dette som andre grunnlag enn det som uttrykkelig følger av aml. § 15-13a (1) første punktum, altså den generelle 70-årsgrensen. I det følgende kommenteres de enkelte rettsgrunnlagene nærmere.

For det første kan aldersgrenser fremgå av særlovgivningen. Sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd er som nevnt et eksempel på en slik aldersgrense. Slike særlover vil på samme måte som aml. § 15-13a være *lex specialis* i forhold til reglene om aldersdiskriminering i aml. kapittel 13. Det er ikke omstridt at slike lover kan være gyldige rettsgrunnlag for aldersgrenser. Dette følger blant annet av Kystlinkdommen, hvor bestemmelsen i sjømannsloven utgjorde rettsgrunnlaget for aldersgrensen. Aldersgrensen blir ansett å være lovlig av Høyesterett.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 85

Aldersgrenser kan også ha grunnlag i tariffavtaler eller individuelle avtaler.

Arbeidstvisteloven⁷¹ § 1 nr. 8 definerer en tariffavtale som en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold. Særaldersgrenser inngår ofte som et vilkår i en tariffavtale. Sykepleiere og politi er eksempler på yrkesgrupper som har slike særaldersgrenser. Disse aldersgrensene er ofte begrunnet i helse- og sikkerhetsmessige forhold.

Tariffavtaler har vært rettsgrunnlaget for aldersgrensene i flere avgjørelser fra EU-domstolen. Jeg vil i den sammenheng nevne avgjørelsen i Rosenbladtdommen. I denne saken hadde arbeidskontrakten til en ansatt i et tysk rengjøringsbyrå opphørt som følge av at arbeidstakeren fylte 65 år. Dette var den tariffavtalte aldersgrensen i bedriften. Den alminnelige likebehandlingslov i Tyskland åpnet for at slike aldersgrenser kunne avtales. Domstolen kommer til at den tyske lovregelen var både saklig og hensiktsmessig og nødvendig i henhold til direktivets artikkel 6 nr. 1.⁷² I den forbindelse la domstolen vekt på den prosess som ligger til grunn for inngåelsen av tariffavtaler. Slike avtaler innebærer at opphør av arbeidsforhold ikke utelukkende bygger på arbeidsgivers ensidige disposisjoner overfor arbeidstakere.⁷³ Partene i en tariffavtale må forhandle seg frem til en egnet løsning, hvor det er mulig å ta hensyn både til den overordnede situasjon på det aktuelle arbeidsmarked, og til spesielle trekk ved den foreliggende stillingstype. Domstolen tar imidlertid et forbehold i sin vurdering av tariffavtaler som grunnlag for aldersgrenser. At en tariffavtale utgjør rettsgrunnlaget, unntar den ikke automatisk fra enhver rettslig kontroll.⁷⁴ Vilkårene i artikkel 6 nr. 1 må under enhver omstendighet være oppfylt.

Norsk rettspraksis legger også til grunn at tariffavtaler kan være gyldige rettsgrunnlag for aldersgrenser. I den forbindelse vises til Helikopterpilotdommen, hvor lagmannsretten kommer til at hensynet til de øvrige etablerte rettigheter og plikter i den

⁷¹ Lov om arbeidstvister (Arbeidstvisteloven) av 5. mai 1927 nr. 1

⁷² Premiss 53

⁷³ Premiss 49

⁷⁴ Premiss 52

aktuelle tariffavtalen tilsa at vilkåret om aldersgrense for opphør av arbeidsforholdet måtte være gyldig.

Så vidt meg bekjent, foreligger ingen avgjørelser i rettspraksis hvor individuelle arbeidsavtaler utgjorde rettsgrunnlaget for aldersgrensen. Denne form for avtaler er heller ikke uvanlig i arbeidslivet, spesielt for medarbeidere i ledende stillinger. Her, som ellers, gjelder imidlertid kravene om at aldersgrensen må være begrunnet i et saklig formål og ikke være uforholdsmessig inngripende.

Et annet rettsgrunnlag for fastsettelse av aldersgrenser som nevnes i forarbeidene, er arbeidsreglement. Adgangen til å opprette et bedriftsinternt reglement følger av arbeidsgiverens alminnelige styringsrett. Det som skiller bedriftsinterne reglement som rettsgrunnlag fra individuelle avtaler, er først og fremst at mens individuelle avtaler beror på et gjensidig avtaleforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, er bedriftsinterne reglement fastsatt mer eller mindre ensidig av arbeidsgiver overfor arbeidstaker. Bedriftsinterne reglement kan sies å ligge forut for, og uavhengig av arbeidstakerens individuelle arbeidsforhold. I en avgjørelse fra lagmannsretten i 1968⁷⁵ ble en arbeidstaker oppsagt som følge av oppnådd aldersgrense i henhold til bedriftens vedtekter. Arbeidstaker ble ved ansettelsen ikke gjort uttrykkelig oppmerksom på at den praktiserte aldersgrensen i bedriften var 68 år. Arbeidstakeren ble imidlertid kjent med aldersgrensen på et senere tidspunkt, men foretok seg ingenting i den forbindelse. Lagmannsretten legger til grunn at pensjonsalderen i bedriften da ble en del av arbeidstakerens arbeidsavtale. Oppsigelsen av arbeidstakeren var gyldig. I Gjensidigedommen er også et bedriftsinternt reglement rettsgrunnlaget for den aktuelle aldersgrensen. Lagmannsretten gir arbeidsgiveren medhold i at aldersgrensen var lovlig.

Til sist vil jeg drøfte hvor vidt en aldersgrense lovlig kan opprettholdes dersom den ikke fremkommer av et uttrykkelig reglement, men bare følger av praksis internt i bedriften. Slik var situasjonen i Statoildommen, hvor bedriftspraksis altså var det eneste grunnlag for den aktuelle aldersgrensen. Et sentralt spørsmål i saken er om den angivelige praksis med å si opp arbeidstakere ved fylte 67 år var tilstrekkelig fast og allment kjent i

⁷⁵ RG-1968-371

selskapet. Retten finner det ikke tvilsomt at bedriften konsekvent hadde håndhevet en allment kjent praksis om en aldersgrense på 67 år. Aldersgrensen blir kjent ugyldig, men dette er fordi kravene til saklighet og forholdsmessighet ikke var oppfylt. Etter min vurdering trekker ingen rettskilder i retning av andre løsninger enn at slik praksis kan være gyldige grunnlag for aldersgrenser. Jeg legger derfor til grunn at også bedriftspraksis kan være et lovlig rettsgrunnlag for aldersgrenser, forutsatt at den er alminnelig kjent og konsekvent praktisert.

Rettsgrunnlagene som er gjennomgått i dette punktet dekker etter min vurdering alle praktiske alternative rettsgrunnlag for aldersgrenser. Gjennomgangen har vist at ingen av de anførte rettsgrunnlagene er prinsipielt avskåret fra å være gyldige rettsgrunnlag. Uttrykket "annet grunnlag" i aml. § 15-13a fremstår etter dette ikke som en vesentlig begrensning i adgangen til å bringe arbeidsforhold til opphør grunnet aldersgrenser.

6.5.3 Vilkåret "saklig begrunnet"

6.5.3.a Rettslig utgangspunkt

Kun aldersgrenser som anses å være saklig begrunnet vil være omfattet av unntaksbestemmelsen i aml. § 15-13a (1) annet punktum. I direktivet kommer kravet om at forskjellsbehandlingen må være saklig begrunnet til uttrykk ved formuleringen "*objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål*" i artikkel 6 nr. 1.

6.5.3.b Avgrensning av saklighetsbegrepet

Før innholdet i kravet om saklig begrunnelse drøftes nærmere, er det nødvendig å foreta en avgrensning av vurderingstemaet mot andre former for saklighetsvurderinger i arbeidsmiljøloven. Det arbeidsrettslige saklighetsprinsipp kommer til uttrykk i flere sammenhenger i arbeidsmiljøloven. En form for saklighetskrav følger av oppsigelsesreglene i aml. § 15-7. Bestemmelsen angir at oppsigelse av arbeidstaker må være saklig begrunnet for å være lovlig. Innholdet i dette saklighetskravet bør holdes adskilt fra det saklighetskrav som følger av aml. § 15-13a. Selv om vurderingen som

inngår i de to bestemmelsene har fellestrekk, forutsetter aml. § 15-13a en noe annerledes tilnærming.

Saklighetskravet ved ordinære oppsigelser bygger på et prinsipp om individuell saklighet, som betyr at en oppsigelse må være saklig begrunnet i forhold til den enkelte arbeidstaker.⁷⁶ Oppsigelsen må være begrunnet i arbeidstakers, arbeidsgivers eller virksomhetens forhold, jfr. aml. § 15-7 (1). Etter aml. § 15-13a beror saklighetsvurderingen først og fremst på om aldersgrensen er objektivt begrunnet og om den kan sies å ivareta legitime hensyn. Det stilles ikke krav om at sakligheten er knyttet opp mot den enkelte arbeidstakers forhold. Det er dette som ligger i den såkalte gruppetilnærmingen, som ble omtalt i punkt 6.3.

6.5.3.c Nærmere om hva som kan være en saklig begrunnelse

I det følgende tar jeg først for meg noen generelle utgangspunkt om saklige begrunnelser, slik det fremkommer i EU-rettens praksis. Deretter drøftes momentene som følger av norsk rett nærmere.

Jeg ser først nærmere på EF-domstolens vurderinger i Age Concern-dommen. Saken ble brakt inn for EF-domstolen av The National Council On Ageing (Age Concern), som var en organisasjon med formål å fremme eldre menneskers velferd. Saken gjelder en nasjonal bestemmelse i England som unntok pensjonering av arbeidstakere som hadde fylt 65 år fra forbudet mot forskjellsbehandling. Age Concern anførte at bestemmelsen var i strid med direktivets artikkel 6 nr. 1.

I avgjørelsen fastslås to sentrale poeng i forhold til hvilke begrunnelser som kan legitimere unntak fra forbudet mot aldersdiskriminering. For det første uttaler domstolen at den nasjonale unntaksbestemmelsen må være begrunnet i et ”*socialpolitisk formål*” for å være gyldig.⁷⁷ Årsaken er at slike formål kan ha større allmenn interesse enn mer individuelle begrunnelser, for eksempel omkostningsbegrensninger eller

⁷⁶ Jakhell (2006) s. 429

⁷⁷ Premiss 52

bedring av konkurranseevnen, som først og fremst er særegne for arbeidsgiver.⁷⁸

Tilfellene nevnt i artikkel 6 nr. 1 er eksempler på slike formål.

For det andre uttaler domstolen at det tilkommer den nasjonale rett å fastlegge om en aldersgrense er berettiget ut ifra legitime formål.⁷⁹ De nasjonale domstoler antas å ha en vid skjønnsmargin ved fastleggelsen av hva som kan være saklig innenfor rammene av sosialpolitiske formål. Årsaken kan være at sosialpolitiske behov til dels varierer sterkt mellom statene. En meget streng og ensartet fortolkning av begrepets innhold ville derfor være lite hensiktsmessig. Domstolen understreker imidlertid at den nasjonale skjønnsmarginen ikke må bli så vid at reglene om forbud mot forskjellsbehandling grunnet alder gjøres illusoriske.⁸⁰

Jeg legger etter dette til grunn at det i henhold til EU-retten tilkommer de nasjonale myndigheter å fastlegge hva som ligger i uttrykket ”saklig begrunnet” i aml. § 15-13a, forutsatt at det ligger innenfor rammene av hva som kan sies å være sosialpolitiske formål.

Aml. § 15-13a angir ikke på tilsvarende måte som direktivet hva som kan være en saklig begrunnelse. Det ble ansett å være lite hensiktsmessig å innta konkrete eksempler på saklige begrunnelser i de norske bestemmelser, fordi spørsmålet om saklighet uansett måtte bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.⁸¹

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 uttaler blant annet følgende om hva som kan ligge i uttrykket saklig begrunnet:

*”Et utgangspunkt ved vurderingen vil være at aldersgrenser som er fastsatt ut fra **hensynet til sikkerhet og utøvelse av yrke, eller nasjonale mål for sysselsettingspolitikken** for øvrig, vil ligge innenfor rammen av det som er saklig i denne sammenheng. Departementet legger til grunn at en aldersgrense som innebærer plikt til fratreden kan opprettholdes i den grad den kan*

⁷⁸ Premiss 46

⁷⁹ Premiss 51

⁸⁰ Premiss 51

⁸¹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 41

*anses som saklig begrunnet og hensiktsmessig for å ivareta nødvendige helse- og sikkerhetsmessige hensyn i henhold til unntaksbestemmelsen i § 54 D nr. 3.”*⁸² (min utheving)

Dette sitat blir vist til av retten i Statoildommen i forbindelse med drøftelsen av hva som kan være et saklig formål. Arbeidsgiveren Statoil praktiserte en intern aldersgrense som var begrunnet i rent generelle henvisninger til at alder kan virke svekkende på arbeidsprestasjoner. Ut over dette forelå det ingen objektiv begrunnelse for at personer over 67 år ikke kunne utføre arbeid i bedriften. En arbeidstaker ble sagt opp i medhold av denne aldersgrensen. Arbeidstaker hadde ikke utført sine arbeidsoppgaver dårligere enn tidligere, snarere tvert imot hadde vedkommende spesiell kompetanse som kunne være av verdi for bedriften.

Retten legger til grunn at unntaksbestemmelsen fra diskrimineringsforbudet i aml. § 13-3 måtte knyttes opp til objektive kriterier, herunder arbeidets art og måten arbeidet skulle utføres på. Aldersgrensen hadde aldri blitt underlagt noen nærmere prøvelse i bedriften på et prinsipielt grunnlag, hverken av ledelsen eller fagforeninger. Retten mener at bedriften var forpliktet til å foreta en slik fornyet vurdering av sin praksis. Oppsigelsen ble derfor ansett å være i strid med forbudet mot aldersdiskriminering i arbeidsmiljøloven av 1977 § 55 B.

Under henvisning til det foregående sitatet fra forarbeidene blir det i Statoildommen tatt utgangspunkt i at aldersgrenser bare er tillatt dersom helse- og sikkerhetsmessige hensyn tilsier det. Departementet har senere gitt uttrykk for at den oppfatning retten la til grunn i saken beror på en for snever tolkning av forarbeidene og aml. § 13-3 (2).⁸³ Av sitatet fra forarbeidene fremgår det nemlig at en aldersgrense som utgangspunkt kan opprettholdes dersom den er fastsatt ut ifra hensynet til sikkerhet og utøvelse av yrke, eller nasjonale mål for sysselsettingspolitikken for øvrig. I senere norsk rettspraksis⁸⁴ har sysselsettingspolitiske hensyn blitt tillagt vekt ved vurderingen av saklige begrunnelser, hvilket er i tråd med ordlyden i direktivets artikkel 6 nr. 1.

⁸² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 196

⁸³ Utredning om arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd ("70-årsregelen") s. 31

⁸⁴ SAS-pilotdommen

Jeg legger etter dette til grunn at saklige begrunnelser i henhold til aml. § 15-13a kan grupperes i to hovedkategorier, som stikkordsmessig betegnes sikkerhetsmessige hensyn og sysselsettingshensyn. Det er imidlertid viktig å understreke at disse kategoriene ikke har klart definerte grenser. De er heller ikke ment å være en uttømmende angivelse av hva som kan være saklige begrunnelser. Det siste utleder jeg av det overstående sitatet fra forarbeidene, som refererer til kategoriene av saklige begrunnelser som et ”*utgangspunkt*”. Hensynet til arbeidstakerens verdige avgang er et eksempel på et annet moment som kan være en saklig begrunnelse for lavere aldersgrenser enn 70 år. Dette momentet er nærmere omtalt i punkt 6.5.3.f.

6.5.3.d Særlig om sikkerhetsmessige hensyn

Når det gjelder saklige begrunnelser i form av sikkerhetsmessige hensyn, vises først til Høyesteretts vurdering i Kystlinkdommen. Saken gjelder gyldigheten av en aldersgrense på 62 år i sjømannsloven § 19 nr. 1, sjette ledd. Sjømannsloven gjelder for personer som har sitt arbeid på norske skip, jfr. sjømannsloven § 1. En 64 år gammel skipselektriker måtte fratrukke sin stilling på grunn av aldersgrensen i sjømannsloven § 19 nr. 1, sjette ledd, og hevdet at dette var i strid med forbudet mot aldersdiskriminering i sjømannsloven §§ 33.

Forarbeidene til sjømannsloven § 19 nr. 1, sjette ledd uttaler at begrunnelsen for aldersgrensen i bestemmelsen er ”*yrkets art og de belastninger dette medfører*”.⁸⁵ Arbeidstakeren anførte at dette er en begrunnelse som på grunnlag av utviklingen innen sjøfarten de siste årene ikke lenger er holdbar.⁸⁶ Årsaken til dette var i følge arbeidstakeren at arbeidsforholdene for sjømenn i dag er helt annerledes enn tidligere. Høyesterett bygger sin drøftelse på EU-domstolens praksis om direktivets artikkel 6 nr. 1, med utgangspunkt i Age Concern-avgjørelsen.⁸⁷ Høyesterett legger en vid fortolkning av sikkerhetsbegrepet til grunn for sin vurdering.⁸⁸ Hensynet til sikkerhet omfattet ikke bare hensynet til arbeidstakeren selv, men også selve skipet og det øvrige

⁸⁵ Ot.prp. nr. 85 (2005-2006) s. 13

⁸⁶ Premiss 16

⁸⁷ Premiss 66

⁸⁸ Premiss 68

mannskapet. Høyesterett er ikke tvil om at dette er tilstrekkelig i henhold til direktivets artikkel 6 nr. 1. Når det gjelder Høyesteretts vurdering av nivået på aldersgrensen, som altså var 62 år, kommenteres dette nærmere under fremstillingen av forholdsmessighetskravet i punkt 6.5.4.a.

En annen avgjørelse hvor aldersgrensen var begrunnet i sikkerhet, er Helikopterpilotdommen. Saken gjelder som nevnt spørsmålet om en tariffavtalt aldersgrense på 60 år for helikopterpiloter var i strid med forbudet mot aldersdiskriminering i aml. § 13-1 (1). Flere helikopterpiloter gikk til sak og hevdet at kravet om at de skulle fratre ved fylte 60 år var aldersdiskriminerende.

Lagmannsretten finner på den ene side at det ikke var sannsynliggjort at det utgjorde noen større sikkerhetsrisiko at pilotene var over 60 år. Selv om høy alder kan ha en viss innflytelse på pilotenes helse og sikkerhet, var dette i seg selv ikke et tilstrekkelig saklig formål. Når lagmannsretten likevel kommer til at bestemmelsen var saklig, er det ut ifra en vurdering av det tarifforholdet bestemmelsen føyde seg inn i. Lagmannsretten uttaler i den forbindelse:

”Sett i sammenheng med de skranker som det vil være for domstolene til generelt å overprøve vilkår i en tariffavtale, underbygger imidlertid hensynet til sikkerhet ytterligere at aldersgrensen ikke er i strid med diskrimineringsforbudet.”

Det blir også lagt til grunn at fratredelse i henhold til gjeldende sertifikatbestemmelser uansett måtte skje ved fylte 65 år, og derfor ville det

”som ledd i en totalitet av rettigheter og plikter i et tarifforhold være saklig i forhold til arbeidsmiljølovens diskrimineringsforbud å avtalefeste at tjenestetiden skal avsluttes noe tidligere enn det absolutte sluttidspunkt”.

Lagmannsretten kommer på dette grunnlag til at bestemmelsen var nødvendig for å oppnå et saklig formål, og at den ikke var uforholdsmessig inngripende.

Lagmannsretten sammenligner den foreliggende saken med saksforholdet i Statoildommen. I Statoildommen blir aldersgrensen som nevnt ikke kjent gyldig. Etter lagmannsrettens oppfatning er det derimot en vesentlig forskjell fra Statoildommen at aldersgrensen der ikke inngikk som ett av flere elementer i en tariffavtale, slik den gjorde i Helikopterpilotdommen.

Helikopterpilotdommen viser etter min oppfatning at spørsmålet om saklighet beror på en nokså bred vurdering. Avgjørelsen illustrerer hvordan enkelte hensyn, som isolert sett ikke er tilstrekkelig for å oppfylle saklighetskravet, likevel kan være saklige når de blir vurdert i en større kontekst, som her altså var tarifforholdet mellom partene. Lagmannsrettens vektlegging av tarifforholdet mellom partene er etter min oppfatning nokså lik EU-domstolens vurdering av tarifforholdet i Rosenbladtdommen. Som nevnt i punkt 6.5.2, blir det i Rosenbladtdommen tillagt vekt at begge parter behov ble tatt hensyn til i forhandlingene om den kollektive avtale.

6.5.3.e Særlig om sysselsettingshensyn

Når det gjelder sysselsettingshensyn som saklig formål for aldersgrenser, kan slike i følge forarbeidene være akseptable som virkemiddel for å bekjempe høy arbeidsledighet i samfunnet.⁸⁹ Synspunktet går ut på at behovet for å øke sysselsettingen av yngre arbeidsledige i tider med høy arbeidsledighet i samfunnet nødvendiggjør aldersgrenser. Samme sted i forarbeidene understrekes det imidlertid at dette ikke innebærer at aldersgrenser fastsatt i tider med et svakt arbeidsmarked, automatisk blir usaklige når arbeidsmarkedet bedrer seg. En slik ordning ville stilt arbeidsgiverne i en meget uforutsigbar situasjon.

Sysselsettingshensyn kan i henhold til direktivet utvilsomt være et legitimt formål. Slike hensyn er uttrykkelig angitt i direktivets artikkel 6 nr. 1 ved formuleringen ”...*beskæftigelses-, arbeidsmarkeds og erhvervsuddannelsespolitiske mål...*”.

⁸⁹ Utredning om arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd (”70-årsregelen”) s. 22

De la Villa-dommen inneholder sentrale uttalelser om sysselsettingshensyn som saklige formål. Saken dreier seg om en spansk lov som åpnet for at tvungen pensjonering i en alder av 65 år kunne fastsettes gjennom tariffavtaler. To vilkår måtte være oppfylt for at regelen kunne komme til anvendelse. Forskjellsbehandlingen måtte være en del av tariffavtalens overordnede sysselsettingspolitikk, og arbeidstakeren måtte ha oppnådd minsterettighetene etter landets folketrygdordning. Som følge av en overgangsbestemmelse i lovverket, ble tariffavtaler inngått før 2005 bare underlagt vilkåret om at arbeidstakeren måtte ha oppnådd minsterettighetene i folketrygden. Det ble ikke stilt krav om at aldersgrensen måtte inngå som en del av sysselsettingspolitikken i tariffavtalen. Felix Palacios de la Villa ble sagt opp fra sin stilling hos arbeidsgiveren Cortefiel Servicios SA på grunnlag av en tariffavtalt aldersgrense på 65 år. Tariffavtalen var omfattet av overgangsbestemmelsen i den nasjonale lovgivningen.

Domstolen kommer til at bestemmelsen var gyldig i henhold til direktivets artikkel 6 nr. 1. Selv om den aktuelle nasjonale bestemmelse ikke anga sysselsettingspolitiske formål som et uttrykkelig vilkår, kunne det ikke utelukkes at bestemmelsen var lovlig i henhold til direktivets artikkel 6 nr. 1.⁹⁰ Da var det imidlertid desto viktigere at formålet var mulig å identifisere ut ifra bestemmelsens ”*almindelige kontekst*”.⁹¹

Domstolen uttaler følgende om sysselsettingshensyn som saklig formål:

*”Domstolen har desuden allerede fastslået, at det **ubestrideligt er et lovligt mål i medlemsstaternes social- eller beskæftigelsespolitik at fremme ansættelse** (...), og denne vurdering skal helt åbenbart anvendes på nationale arbejdsmarkedspolitiske instrumenter, der sigter på at forbedre mulighederne for, at visse kategorier af arbejdstagere kan få fodfæste på arbejdsmarkedet.”*⁹²

Ønsket om å fremme sysselsettingen blir klart ansett å være et saklig formål i henhold til artikkel 6 nr. 1. Etter min oppfatning legger EU-domstolen en relativt vid fortolkning

⁹⁰ Premiss 56

⁹¹ Premiss 57

⁹² Premiss 65

av kategorien arbeidsmarkeds- og sysselsettingshensyn til grunn for vurderingen av legitime formål i de la Villa-dommen. Dette fordi avgjørelsen, i likhet med Age Concern-dommen⁹³, gir den interne rett en vid skjønnsmargin innefor relativt generelle rammer. Videre krever domstolen altså ikke at formålene fremkommer uttrykkelig av de nasjonale bestemmelser.

Norsk rett har fulgt opp EU-rettens betraktninger om sysselsettingshensyn som saklig begrunnelse. I Gjensidigedommen⁹⁴ viser lagmannsretten blant annet til Rosenbladtdommen, hvor en aldersgrense som var begrunnet i sysselsettingshensyn også blir godkjent av EU-domstolen.

Det er etter min oppfatning ikke opplagt at effekten av å bringe eldre arbeidstakers arbeidsforhold til opphør ved aldersgrenser faktisk er at sysselsettingen i samfunnet øker. De reelle virkninger av å ha en lovfestet adgang til å fastsette aldersgrenser fremstår som usikre. Dette forandrer imidlertid ikke på det faktum at sysselsettingshensyn som sådan kan være saklige begrunnelser etter aml. § 15-13a. I den forbindelse vil jeg også bemerke at lagmannsretten i Gjensidigedommen på side 19 legger til grunn at arbeidsgiver ikke er forpliktet til å bevise at de sysselsettingshensyn aldersgrensen har som formål å ivareta faktisk oppnås. Etter min oppfatning er dette rimelig, fordi det neppe alltid lar seg gjøre for arbeidsgiver å påvise konkrete sysselsettingseffekter av en aldersgrense i det enkelte tilfellet. Det gjenstår imidlertid å se om avgjørelsen vil bli opprettholdt i Høyesterett.

Et særskilt spørsmål er om det er et absolutt krav at sysselsettingshensyn er basert på overordnede samfunnsbetraktninger for å være i overensstemmelse med arbeidsmiljøloven og direktivet. Etter min forståelse av forarbeidene, tas det først og fremst sikte på sysselsettingssituasjonen i samfunnet generelt. Spørsmålet er om også aldersgrenser som kun er begrunnet i interne bedriftsforhold kan være legitime.

⁹³ Premiss 51

⁹⁴ s. 20

Som nevnt i omtalen av Age Concern-avgjørelsen i punkt 6.5.3.c, legger domstolen i premiss 46 til grunn at formålene angitt i direktivets artikkel 6 nr. 1 har allmenn interesse og skiller seg fra rent individuelle begrunnelser, som er særegne for én arbeidsgiver. I samme premiss modifiserer domstolen likevel dette utgangspunktet, ved å understreke at den nasjonale bestemmelse kan innrømme arbeidsgiveren en viss fleksibilitet i forhold til hvilke formål aldersgrenser kan være begrunnet i.

På side 9 i Gjensidigedommen anfører den oppsagte arbeidstaker at de arbeidsmarkeds- og sysselsettingshensyn som Gjensidige begrunnet sin interne aldersgrense med, var momenter som utelukkende gjaldt bedriftens behov. Det forelå derfor ingen bredere sosialpolitiske formål av allmenn interesse bak aldersgrensen. Lagmannsretten kommer imidlertid til at formålet, som var å sikre gjennomstrømning av ansatte, god rekruttering og mulighet for avansement blant yngre arbeidstakere, var tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret om saklig formål.⁹⁵ Etter min oppfatning bærer disse hensyn primært preg av å være begrunnet i bedriftens egen drift. Avgjørelsen tyder i alle fall på at det ikke stilles spesielt strenge krav til at begrunnelsen har virkninger utover bedriftens interne hensyn.

På grunnlag av de vurderinger som er gjort i rettspraksis, er mitt inntrykk at sikkerhetsmessige hensyn kan være noe enklere å fastslå som legitime, enn det sysselsettingshensyn er. Sikkerhetsmessige hensyn kan etter min oppfatning oftere måles opp mot konkrete standarder og baseres på mer tekniske forhold enn vurderingen av sysselsettingshensyn.

6.5.3.f Særlig om hensynet til verdig avgang

Som nevnt i punkt 6.5.3.c, er sysselsettingshensyn og sikkerhetsmessige hensyn ikke de eneste former for begrunnelser som kan anses som saklige i henhold til aml. § 15-13a. I dette punktet kommenteres et annet moment som en mulig saklig begrunnelse, nemlig hensynet til arbeidstakerens verdige avgang.

⁹⁵ s. 20

I punkt 6.4 nevnes forarbeidenes drøftelse av om den generelle 70-årsgrensen burde videreføres. I utgangspunktet kan de momenter som ble fremhevet i den sammenheng også anføres for og imot en adgang til å fastsette lavere aldersgrenser enn 70 år. Hensynet til arbeidstakerens verdige avgang nevnes i den forbindelse som et moment til fordel for å opprettholde den generelle 70-årsgrensen.

Forarbeidene legger til grunn at dette momentet også kan ha en viss relevans ved drøftelsen av saklighetsvurderingen i aml. § 13-3 (2), altså for lavere aldersgrenser enn 70 år.⁹⁶ På den annen side presiseres det at arbeidsgiver uansett har adgang til å si opp eldre arbeidstakere som ikke utfører arbeidsoppgavene tilfredsstillende i medhold av den generelle saklighetsbestemmelsen i aml. § 15-7 (1). Dessuten har det blitt stilt spørsmål ved om hensynet til verdig avgang bør tillegges særskilt *vekt* ved vurderingen av særaldersgrenser, når den generelle 70-årsgrensen uansett er egnet til å ivareta denne verdigheten.⁹⁷

I Gjensidigedommen anfører arbeidsgiveren blant annet hensynet til arbeidstakers verdige avgang som en begrunnelse for bedriftens særaldersgrense.⁹⁸ Lagmannsretten legger til grunn at et automatisk opphør av arbeidsforhold ved aldersgrensen på 67 år innebærer at arbeidstaker får en verdig avgang, uten å gå inn på noen nærmere vurdering av momentet.⁹⁹

Selv om momentets nærmere vekt synes å være diskutabelt, er det etter min oppfatning neppe tvilsomt at hensynet til arbeidstakers verdige avgang må tas i betraktning også ved vurderingen av særaldersgrensers lovlighet, i det minste som et moment i helhetsvurderingen av om kravet til saklig begrunnelse er oppfylt.

⁹⁶ Ot. prp. nr. 54 (2008-2009) s. 61

⁹⁷ Utredning om arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd ("70-årsregelen") s. 21

⁹⁸ s. 5

⁹⁹ s. 20

6.5.4 Vilkåret ”ikke uforholdsmessig inngripende”

6.5.4.a Rettslig utgangspunkt

Det andre vilkåret som må være oppfylt ved særaldersgrenser for opphør av arbeidsforhold i aml. § 15-13a, er at aldersgrensen ikke må være uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som rammes av den. Ved behandlingen av vilkåret forutsettes det at aldersgrensen er saklig begrunnet. Spørsmålet er så om aldersgrensen er et egnet tiltak for å oppnå formålet den er begrunnet i.

Kravet til forholdsmessighet i aml. § 15-13a kommer til uttrykk i direktivets artikkel 6 nr. 1, som stiller som vilkår at *”midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige”*.

I punkt 4.5.3.c ble det under henvisning til Age Concern-avgjørelsen lagt til grunn at nasjonalstatene har en vid skjønnsmargin ved fastleggelsen av hva som kan være saklige begrunnelser for aldersgrenser. Denne skjønnsmarginen gjelder også for fastleggelsen av innholdet i forholdsmessighetsvurderingen, noe som også følger av Age Concern-avgjørelsen.¹⁰⁰

I Kystlinkdommen tar Høyesterett stilling til forholdsmessigheten av aldersgrensen i sjømannsloven § 19 nr. 1, sjette ledd. Som nevnt blir det av den oppsagte arbeidstaker anført at de reelle forhold innen sjøfart har utviklet seg i retning av å bli mer like de normale forholdene på land.¹⁰¹ Dermed kunne forholdene i følge arbeidstaker ikke skille seg tilstrekkelig ut til å rettferdiggjøre nivået på aldersgrensen i sjømannsloven § 19 nr. 1, 6. ledd.

Høyesterett understreker at lovgiver har en vid skjønnsmargin med hensyn til å fastlegge det nærmere innholdet i forholdsmessighetsvurderingen.¹⁰² At aldersgrensen i sjømannsloven skulle gå ved 62 år, og at loven skulle gjelde som en generell ordning

¹⁰⁰ Premiss 50

¹⁰¹ Premiss 69

¹⁰² Premiss 70

for hele næring, herunder både innenriks og utenriks sjøfart, berodde derfor på et bevisst valg fra lovgivers side. Disse valgene måtte Høyesterett være tilbakeholdne med å tilsidesette. Høyesterett kommer derfor til at aldersgrensen ikke var uforholdsmessig inngripende. Bestemmelsen var således ikke i strid med diskrimineringsforbudet i direktivet og sjømannsloven §§ 33 og 33B.

Avgjørelsen illustrerer et sentralt trekk ved forholdsmessighetsvurderingen, nemlig at vurderingen ikke er statisk. Vilkåret er dynamisk i den forstand at en aldersgrense kan fremstå som forholdsmessig på et tidspunkt, og under gitte omstendigheter. Dersom de reelle forhold i en bransje eller yrkesgruppe endrer seg, kan det imidlertid føre til at aldersgrensen på senere tidspunkt fremstår som mer inngripende enn tidligere. Dette synes å ha ligget til grunn for arbeidstakerens anførsel i Kystlinkdommen, men Høyesterett finner altså ikke at forholdene i dette tilfellet tilsa en tilsidesettelse av lovgivers vurdering.

6.5.4.b Arbeidstakers økonomiske stilling

Rettspraksis viser at et sentralt moment ved forholdsmessighetsvurderingen er om arbeidstakere som rammes av en lavere aldersgrense enn 70 år er sikret en viss økonomisk kompensasjon i tiden etter fratreden fra stilling. Momentets anvendelse kan sies å bero på en vurdering av i hvilken grad overgangen fra arbeidslivet til pensjonstilværelsen som følge av oppnådd aldersgrense svekker arbeidstakerens økonomiske stilling. Dersom opphøret finner sted uten noen form for økonomisk kompensasjon, vil det kunne oppfattes som mer inngripende enn dersom aldersgrensen er forbundet med en ordning som sikrer arbeidstakeren økonomisk.

Arbeidstakerens økonomiske forhold er et sentralt moment i de la Villa-dommen.¹⁰³ Domstolen legger her til grunn at den aktuelle bestemmelsen tok hensyn til at arbeidstakerne som ble rammet av aldersgrensen i løpet av sitt arbeidsliv ville opptjene rett til økonomisk kompensasjon i form av pensjon. I Norge har alle rett til å ta ut

¹⁰³ Premiss 73

alderspensjon ved fylte 67 år.¹⁰⁴ Etter ikrafttreddelsen av pensjonsreformen kan alderspensjon på nærmere vilkår tas ut allerede fra fylte 62 år.¹⁰⁵ Dette betyr at alle arbeidstakere er sikret en viss økonomisk kompensasjon dersom de må gå av på grunn av den alminnelige 70-årsgrensen i aml. § 15-13a (1) første punktum.

I Rosenbladtdommen kommer domstolen til at en tariffavtalt aldersgrense lå innefor nasjonalstatenes skjønnsmargin for hva som kan være et saklig formål.¹⁰⁶ Domstolen er imidlertid i tvil om hensiktsmessigheten og nødvendigheten av aldersgrensen.¹⁰⁷ Spørsmålet var nærmere bestemt om aldersgrensen fremstod som hensiktsmessig og nødvendig i den aktuelle bransjen, som altså var rengjøringsbransjen. Denne bransjen var karakterisert ved at arbeidstakerne hadde lavtlønnede deltidsstillinger. Mange arbeidstakere fikk som følge av dette lave pensjonsutbetalinger. Domstolen legger imidlertid vekt på at bestemmelsen ikke innebar noen definitiv plikt for arbeidstaker til å trekke seg tilbake fra arbeidslivet for godt.¹⁰⁸ Arbeidstaker var ikke avskåret fra å bli ansatt på nytt av den samme arbeidsgiver, eller av andre arbeidsgivere. Domstolen kommer derfor til at bestemmelsen også var hensiktsmessig og nødvendig for å oppnå det saklige formålet.¹⁰⁹ Til tross for at domstolen i denne avgjørelsen ikke legger avgjørende vekt på arbeidstakerens pensjonsrettigheter, viser vurderingen hvordan dette er et relevant moment i EU-retten.

Fra norsk rettspraksis vil jeg først kommentere SAS-pilotdommen nærmere. Jeg understreker at saken ikke gjelder opphør på grunn av aldersgrenser, men masseoppsigelser på grunn av virksomhetens forhold i henhold til aml. § 15-7 (1). En viktig del av begrunnelsen for at arbeidstakerne ble oppsagt, var imidlertid deres rett til pensjon. Sentralt i avgjørelsen står oppsigelsenes forhold til forbudet mot aldersdiskriminering i aml. § 13-1 (1).

¹⁰⁴ Folketrygdloven §§ 19-4 første ledd og 20-2

¹⁰⁵ Folketrygdloven §§ 19-11 og 20-15

¹⁰⁶ Premiss 69

¹⁰⁷ Premiss 71

¹⁰⁸ Premiss 74, 75

¹⁰⁹ Premiss 76

Spørsmålet i saken er først og fremst om oppsigelse av ti flygere på grunn av alder var i strid med aml. § 13-3 (2) og direktivet. Lagmannsretten tar utgangspunkt i at oppfyllelsen av vilkårene beror på en bred skjønnsmessig vurdering. Arbeidsgiveren hadde foretatt en avveining mellom hensynet til de yngre arbeidstakernes situasjon og de eldre arbeidstakernes situasjon. Begrunnelsen for at bare de eldre arbeidstakerne ble sagt opp, var at disse hadde meget gode pensjonsordninger. Pilotene over 60 år ville uansett snart nå den øvre aldersgrensen på 65 år for kommersiell flytrafikk. Dessuten var arbeidsmarkedet for piloter meget krevende. Som pilot må man gjennomføre jevnlig flyvninger for å beholde flysertifikatet. De yngre pilotene ville som følge av de krevende forholdene i arbeidsmarkedet risikere å stå uten arbeid så lenge at de mistet flysertifikatet sitt. Derfor ville de negative konsekvensene av å si opp de yngre pilotene være større enn det oppsigelsene av de eldre var. Oppsigelsene var med andre ord mindre inngripende overfor de eldre arbeidstakerne. Lagmannsretten konkluderer med at oppsigelsene var nødvendige i henhold til aml. § 13-3 (2).

Avgjørelsen viser etter min oppfatning, i likhet med domstolens vurdering i Rosenbladtdommen, hvordan utfallet av forholdsmessighetsvurderingen kan være avhengig av hvilken bransje bedriften med aldersgrensen befinner seg i. I dette tilfellet forelå det spesielle forhold ved pilotenes pensjonsordninger og arbeidsmarkedet som tilsa at bare de eldre pilotene burde sies opp. For andre yrkesgrupper kan en tilsvarende forholdsmessighetsvurdering slå annerledes ut. Det kunne for eksempel være tilfellet dersom arbeidsmulighetene var bedre for yrkesgruppen, og bedriften ikke hadde hatt like gode pensjonsordninger for sine ansatte som det SAS hadde.

I Gjensidigedommen vurderes også arbeidstakerens økonomiske stilling. En ansatt i Gjensidige fikk avslag på sin søknad om å fortsette i stilling ved fylte 67 år, med den begrunnelse at Gjensidige praktiserte en aldersgrense på 67 år. Formålet med aldersgrensen var blant annet å ivareta behovet for forutsigbarhet med kostbare pensjonsordninger. Dette blir av lagmannsretten ansett å være et tilstrekkelig saklig formål.

Lagmannsretten legger videre til grunn at arbeidstakeren som måtte slutte på grunn av oppnådd aldersgrense hadde en meget god pensjonsordning. Overgangen fra arbeid til arbeidsløshet ville således ikke være av stor betydning for vedkommende rent økonomisk. Derfor ble ordningen ansett å være forholdsmessig. Lagmannsretten uttaler i den forbindelse:

”Den [aldersgrensen] ivaretar de ansatte på en god måte ved at den er kombinert med en tjenstepensjonsordning, som er sett på som en av de beste pensjonsordningene i markedet. Aldersgrensen kan således ikke anses uforholdsmessig.”¹¹⁰

Lagmannsretten synes her å legge stor vekt på at aldersgrensen var kombinert med en tjenstepensjonsordning. Som følge av at arbeidstakerens økonomiske stilling spiller en vesentlig rolle i vurderingen, blir de fleste særaldersgrenser under 70 år fastsatt i forbindelse med tjenstepensjonsordninger i bedriften. Tjenstepensjon er ikke en del av folketrygden. Pensjonene i folketrygdens system finansieres av trygdeavgiften, som inngår i arbeidstakerens skatteseddel, og arbeidsgiveravgiften, som belastes arbeidsgiveren. Tjenstepensjonen blir derimot dekket av arbeidsgiver, uavhengig av dette systemet.

Tjenstepensjonsordninger er obligatoriske i henhold til den såkalte OTP-loven¹¹¹. OTP står for obligatorisk tjenstepensjon. Loven innebærer at private virksomheter er pålagt å ha en tjenstepensjon for sine ansatte,¹¹² og stiller minimumskrav til bedriftenes pensjonsytelser. I private bedrifter er tjenstepensjonsordningene ofte mer omfattende enn det som kreves etter OTP-loven. Som en følge av dette videreførte de fleste bedrifter sine tjenstepensjonsordninger uendret da loven trådte i kraft 1. januar 2006. Det var imidlertid mange arbeidstakere som overhode ikke var omfattet av en tjenstepensjonsordning. For disse innebar loven en endring i form av rett til tjenstepensjon.

¹¹⁰ s. 20

¹¹¹ Lov om obligatorisk tjenstepensjon (OTP-loven) av 21. desember 2005 nr. 124

¹¹² OTP-loven § 2 (1), jfr. § 1

En arbeidstaker kan ha andre motiver enn de rent økonomiske for å arbeide lenger enn til den øvre aldersgrensen i en bedrift. For eksempel kan sosiale forhold i arbeidsmiljøet være av vel så stor betydning som det å tjene penger. Forarbeidene nevner momentet, men legger til grunn at økonomisk trygghet rent objektivt vil være et argument som taler for at aldersgrensen er forholdsmessig.¹¹³ Etter min oppfatning blir arbeidstakers mulige ikke-økonomiske interesser ikke viet tilstrekkelig oppmerksomhet i forarbeidene og rettspraksis.

I fremstillingen av økonomisk trygghet som et moment ved forholdsmessighetsvurderingen, kan det spørres om det er nødvendig å ha oppnådd rett til *full* pensjon for at en særaldersgrense skal være lovlig. Alternativet vil være at det er tilstrekkelig med en eller annen form for økonomisk kompensasjon, uten at det stilles krav om et nærmere bestemt nivå av pensjonsrettigheter. I de la Villa-dommen godkjenner domstolen en bestemmelse om opphør av arbeidsforhold på grunn av alder som stilte krav om at arbeidstaker på tidspunktet for opphøret måtte ha "*tilbagelagt minimumsbidragsperioden*".¹¹⁴ I forarbeidene blir uttalelsen tolket slik at EF-domstolen ikke stiller krav om at man skal ha opparbeidet seg rett til full pensjon på avgangstidspunktet.¹¹⁵ Etter min vurdering tyder ingen rettskilder på at rett til full pensjon er et absolutt vilkår.

6.5.4.c Antall rammede arbeidstakere

Ved siden av arbeidstakers økonomiske situasjon, kan antall arbeidstakere som berøres av den øvre aldersgrensen være et moment av betydning ved vurderingen av om forholdsmessighetskravet er oppfylt.¹¹⁶ Synspunktet går ut på at jo lavere en aldersgrense er, desto mer sannsynlig er det at den vil ramme flere arbeidstakere. Dersom aldersgrensen rammer mange arbeidstakere som fortsatt ønsker å arbeide, kan den lettere fremstå som uforholdsmessig i forhold til de formål som søkes oppnådd.

¹¹³ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 62

¹¹⁴ Premiss 73

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 54

¹¹⁶ Utredning om arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd ("70-årsregelen") s. 24

I Mangolddommen kommer EF-domstolen til at bestemme i en tysk lov om unntak fra begrensninger i adgangen til å foreta midlertidige ansettelser ikke var egnet til å oppnå et formål som for øvrig var saklig. Bestemmelsene innebar at en arbeidstaker som hadde fylt 52 år kunne ansettes lovlig på midlertidig basis gjentatte ganger helt frem til pensjonsalderen. Saksøkeren Werner Mangold inngikk i 2003 en ansettelsesavtale med arbeidsgiveren Rüdiger Helm. Avtalen var tidsbegrenset i medhold av denne bestemmelsen.

Direktivets bestemmelser kommer ikke direkte til anvendelse i Mangolddommen, fordi gjennomføringsfristen på avgjørelsestidspunktet ikke hadde gått ut. Domstolen bygger derimot sin avgjørelse på ikke-diskriminering grunnet alder som et generelt fellesskapsrettslig prinsipp.¹¹⁷ Domstolen mener at et slikt prinsipp må gjelde uavhengig av direktivet. Den rettskildemessige vekt prinsippet tillegges i avgjørelsen har blitt kritisert.¹¹⁸ Kritikken har i hovedsak dreid seg om holdbarheten av å anvende ikke-diskriminering på grunn av alder som et etablert fellesskapsrettslig prinsipp.

Begrunnelsen for den aktuelle regelen om midlertidig ansettelse var at man ved å åpne adgangen til midlertidige ansettelser vil gjøre det enklere for eldre arbeidstakere å komme inn på arbeidsmarkedet. Dette blir i seg selv ansett å være et tilstrekkelig saklig formål. Regelen stilte imidlertid bare krav om oppnådd alder for å komme til anvendelse. For øvrig var den helt vilkårløs. Det var for eksempel ingen krav om at arbeidstakeren måtte være arbeidsledig i perioden før ansettelsen fant sted. Bestemmelsen blir som en følge av dette ikke ansett å være objektivt nødvendig for å fylle formålet om å få flere eldre inn på arbeidsmarkedet.

I sin vurdering av bestemmelsens hensiktsmessighet og nødvendighet uttaler domstolen følgende:

¹¹⁷ Premiss 75

¹¹⁸ Evju (2010) punkt. 4.1

*”Da denne lovgivning anvender den pågældende arbejdstagers alder som det **eneste kriterium** for at anvende en tidsbegrænset ansættelseskontrakt – uden at det er godtgjort, at fastsættelse af en aldersgrænse, uafhængigt af andre overvejelser vedrørende strukturen på det pågældende arbejdsmarked eller den berørte arbejdstagers personlige forhold, er objektivt nødvendigt for at opfylde målet om, at ældre arbejdsløse kommer ind på arbejdsmarkedet – **må lovgivningen anses for at gå ud over, hvad der er hensigtsmæssigt og nødvendigt for at opfylde det mål, der forfølges.** Proportionalitetsprincippet indebærer nemlig, at enhver undtagelse til en individuel rettighed i videst muligt omfang både skal tilgodese de krav, der følger af ligebehandlingsprincippet, og det tilsigtede mål (...)”¹¹⁹ (min utheving)*

Den aktuelle bestemmelsen var altså ikke forholdsmessig, fordi den ikke stilte vilkår utover det at aldersgrensen måtte være nådd. Dette kunne ikke være egnet til å oppfylle det saklige formålet om å bringe flere eldre inn på arbeidsmarkedet. Bestemmelsen ville da kunne ramme flere enn det som var nødvendig for å oppfylle formålet. Den tyske regelen var derfor ugyldig i henhold til forbudet mot aldersdiskriminering i direktivet.

Forarbeidene til aml. § 15-13a gir uttrykk for at aldersgrensen ikke må settes lavere eller omfatte flere grupper enn det som er nødvendig for å oppnå formålet.¹²⁰ I forhold til den generelle 70-årsgrensen, kan antall berørte arbeidstakere knapt sies å være en problemstilling, i det svært mange uansett går av med pensjon før de fyller 70 år. Derimot er det mer nærliggende at lavere aldersgrenser enn 70 år kan ramme arbeidstakere som ønsker å arbeide.

At lavere aldersgrenser enn 70 år kan komme i fare for å ramme arbeidstakere som ønsker å arbeide lenger, blir i forarbeidene ikke tillagt den betydning at selve adgangen til å fastsette lavere aldersgrenser enn 70 år er uforholdsmessig inngripende.¹²¹ Etter min vurdering bør aldersgrensen ramme en betydelig andel arbeidstakere som ønsker å arbeide lenger enn til den fastsatte aldersgrense, for at det skal kunne tillegges avgjørende vekt som moment ved forholdsmessighetsvurderingen.

¹¹⁹ Premiss 65

¹²⁰ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 63

¹²¹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 62-63

6.6 Formkrav ved opphør av arbeidsforhold grunnet alder

Gjeldende rett før ikrafttredelsen av aml. § 15-13a gav som nevnt i punkt 6.2 ingen entydige svar på om arbeidsmiljølovens formkrav ved oppsigelse i aml. § 15-4 kom til anvendelse når arbeidsforhold opphørte grunnet nådd aldersgrense. Forarbeidene slår fast at arbeidsmiljølovens formkrav ved oppsigelser i utgangspunktet kom til anvendelse også når arbeidsforhold opphørte på grunnlag av en aldersgrense.¹²² Årsaken til dette er at arbeidsmiljøloven ikke gjorde spesielle unntak for slike opphør.

Videre talte reelle hensyn i følge forarbeidene for at oppsigelsesfristene i aml. § 15-3 kom til anvendelse overfor arbeidstakere som måtte fratre grunnet oppnådd aldersgrense. Dette fordi arbeidstakers mulighet til å innrette seg på situasjonen utenfor arbeidslivet også gjorde seg gjeldende i tilfelle fratreden grunnet en aldersgrense.¹²³

Forarbeidene viser imidlertid også til enkelte avgjørelser i rettspraksis, som legger til grunn at arbeidsmiljølovens oppsigelsesbestemmelser *ikke* kom til anvendelse ved opphør grunnet aldersgrenser, blant annet en kjennelse fra Hålogaland lagmannsrett¹²⁴ i 2006.

Også i Helikopterpilotdommen kommer lagmannsretten til at formell oppsigelse ikke var nødvendig. Spørsmålet var om arbeidsgiveren pliktet å overholde formkravene til oppsigelse i aml. § 15-4, når tidspunktet for arbeidsforholdets avslutning uansett fulgte klart av tariffavtalen. Lagmannsretten finner at opphøret nærmest var å betrakte som en fratreden i henhold til avtale. De hensyn som begrunner oppsigelsesreglene forelå etter lagmannsretten oppfatning ikke i et slikt tilfelle. At arbeidstakeren uansett hadde plikt til å fratre, gjorde at opphøret vanskelig kunne betraktes som usaklig. Lagmannsretten konkluderer derfor med at arbeidsgiveren ikke hadde noen plikt til å utstede oppsigelse i henhold til aml. § 15-4.

¹²² Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 58

¹²³ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 59

¹²⁴ LH-2006-71399

I Gjensidigedommen er lagmannsretten kritisk til den holdning som blant annet kommer til uttrykk i Helikopterpilotdommen. Jeg redegjør for lagmannsrettens vurdering på dette punkt i forbindelse med spørsmålet om arbeidstaker har rett til å stå i stilling under sakens behandling i punkt 6.7.2.

Den uklarhet som knyttet seg til formkravene ved opphør grunnet aldersgrenser, løses nå ved de spesielle formkravene i aml. § 15-13a (2), (3) og (4). Varslingsbestemmelsen i aml. § 15-13a (2) kommer i følge forarbeidenes merknader til lovteksten istedenfor ordinær oppsigelse.¹²⁵ Bestemmelsen markerer skillet mellom ordinær oppsigelse og opphør av arbeidsforhold grunnet alder.¹²⁶ Formkravene gjelder både for opphør som følge av at arbeidstaker fyller 70 år, og som følge av særskilt fastsatte lavere aldersgrenser.

Utgangspunktet er altså at arbeidstaker har krav på skriftlig varsel om tidspunktet for fratreden, jfr. (2) første punktum. Bestemmelsen er etter mønster av aml. § 15-4 (1). Fratreden kan tidligst kreves seks måneder etter den første dag i måneden etter at varselet er kommet frem til arbeidstaker, jfr. (2) annet punktum. Et spørsmål i denne sammenheng er hva konsekvensen blir dersom fristen ikke overholdes av arbeidsgiver. Ordlyden i bestemmelsen gir ikke svar på spørsmålet, men det følger av forarbeidene at konsekvensen av at arbeidsgiver ikke gir varsel i tide vil være at arbeidstaker ikke plikter å fratre før seks månedersfristen er utløpt, etter at varsel faktisk er gitt.¹²⁷

Tredje ledd bestemmer at en arbeidsgiver, før varsel gis skal innkalle arbeidstaker til en samtale så langt det er mulig, med mindre arbeidstaker selv ikke ønsker det. Denne bestemmelsen gjelder i stedet for den alminnelige drøftelsesbestemmelsen ved ordinær oppsigelse i aml. § 15-1.¹²⁸ Forarbeidene fastslår at bestemmelsen må betraktes som en ordensregel.¹²⁹

¹²⁵ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 85-86

¹²⁶ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 85-86

¹²⁷ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 86

¹²⁸ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 67

¹²⁹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 86

Fjerde ledd i bestemmelsen regulerer den situasjon at arbeidstaker selv ønsker å fratre. I så tilfelle har arbeidstakeren en tilsvarende varslingsfrist på en måned. En forskjell fra arbeidsgivers varsling er imidlertid at kravet til skriftlighet ikke gjelder.

6.7 Tvister over aldersgrensers lovlighet

6.7.1 Innledning

I dette punktet redegjøres nærmere for tilfeller hvor det oppstår tvist mellom arbeidstaker og arbeidsgiver om lovligheten av en aldersgrense. Slike tvister kan dreie seg om hvor vidt de materielle vilkårene i aml. § 15-13a er oppfylt, eller om formkravene som redegjort for i punkt 6.6 er overholdt. To problemstillinger vil bli drøftet nærmere. I punkt 6.7.2 drøftes arbeidstakers rett til å stå i stilling under en tvist mellom partene om lovligheten av arbeidsforholdets opphør. I punkt 6.7.3 drøftes virkningene av at en aldersgrense kjennes ulovlig.

6.7.2 Arbeidstakers rett til å stå i stilling under tvist

Aml. § 15-11 inneholder regler om arbeidstakerens rett til å stå i stilling ved tvist om arbeidsforholdet lovlig er brakt til opphør etter reglene i aml. § 15-7. Bestemmelsen er en viktig del av arbeidstakerens stillingsvern, blant annet fordi den ivaretar kontinuitet i arbeidstakerens arbeidsforhold.¹³⁰ Dersom arbeidstakeren ikke hadde hatt rett til å stå i stilling under sakens behandling, ville det være uheldig dersom vedkommende først måtte fratre sin stilling, for så å gjeninntre hvis resultatet i saken ble at oppsigelsen var ugyldig. I tillegg vil arbeidstakers inntekt opprettholdes gjennom retten til å stå i stilling.¹³¹

Aml. § 15-11 nevner ikke aml. § 15-13a, fordi sistnevnte bestemmelse altså ikke regulerer oppsigelser av arbeidsforhold, slik aml. § 15-7 gjør. Arbeidstakers rett til å stå i stilling ved tvist over bestemmelsene i aml. § 15-13a følger heller ikke uttrykkelig av

¹³⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 235

¹³¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 235

andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven. Dermed kan det spørres om arbeidstakeren er helt avskåret fra rett til å stå i stilling ved tvist om opphør i henhold til aml. § 15-13a.

I merknadene til lovteksten i aml. § 15-13a slår forarbeidene fast at arbeidstakeren ikke har rett til å stå i stilling, hverken i forhold til den generelle 70-årsgrensen, eller ved lavere særaldersgrenser enn 70 år.¹³² Begrunnelsen for dette synes å være at bestemmelsene i aml. § 15-11 ikke vil være ”*særlig relevant ved avgang på grunn av oppnådd aldersgrense*”.¹³³ Forarbeidene gir imidlertid ingen nærmere redegjørelse for hva som menes med dette.

Tvister over gyldigheten av opphør ved fylte 70 år eller mer er neppe en praktisk problemstilling, fordi oppnådd alder av 70 år er det eneste opphørsvilkår etter aml. § 15-13a (1) første punktum. Det er følgelig heller ikke praktisk å drøfte spørsmålet om rett til å stå i stilling i denne tiden. Ettersom fylte 70 år er det eneste vilkåret i denne bestemmelsen, er det kun nødvendig å fastslå arbeidstakerens rette alder. Uten at det foreligger en tvist, kan det naturligvis heller ikke bli spørsmål om rett til å stå i stilling.

I Gjensidigedommen er det blant annet spørsmål om den oppsagte arbeidstaker hadde rett til å stå i stilling under sakens behandling. Gjensidige hadde som nevnt en særaldersgrense på 67 år. Dommen ble avsagt på grunnlag av gjeldende rett før ikrafttreddelsen av aml. § 15-13a. Lagmannsretten tar avstand fra tidligere rettspraksis hvoretter arbeidstaker ikke hadde rett til å stå i stilling ved opphør som følge av nådd aldersgrense.¹³⁴ Etter lagmannsrettens vurdering kan det nemlig ikke tillegges avgjørende vekt at det i realiteten ikke var tale om noen ordinær oppsigelse, slik lagmannsretten legger til grunn i Helikopterpilotdommen. Lagmannsretten legger derimot til grunn at det måtte trekkes et skille mellom aldersgrenser ved 70 år, og lavere aldersgrenser.¹³⁵ Dersom aldersgrensen var lavere enn 70 år, slik tilfellet var i denne saken, ville oppnådd aldersgrense ikke automatisk føre til at arbeidsforholdet opphørte.

¹³² Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 86

¹³³ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 67

¹³⁴ s. 21

¹³⁵ s. 21

Dette fordi nærmere vilkår da måtte være oppfylt. Lagmannsretten uttaler at det i slike tilfeller måtte foretas en prøvelse av aldersgrensens saklighet, i likhet med vurderingen som må foretas ved en ordinær oppsigelse. Denne likheten innebar at aml. § 15-11 måtte komme til anvendelse. Basert på den interesseavveining som i henhold til denne bestemmelsen da måtte foretas, legger lagmannsretten til grunn at arbeidstakeren hadde rett til å stå i stillingen inntil saken var avgjort.

I forhold til aml. § 15-13a, bemerker lagmannsretten på side 21, under henvisning til uttalelsene i forarbeidene, at rettstilstanden ble endret med ikrafttreddelsen av bestemmelsen. Lagmannsretten synes altså å gi uttrykk for at spørsmål om rett til å stå i stilling ikke lenger er aktuelt etter ikrafttreddelsen av aml. § 15-13a. På grunnlag av uttalelsene i forarbeidene og i Gjensidigedommen, må det derfor kunne legges til grunn at arbeidstaker ikke har rett til å stå i stilling ved tvist over en aldersgrenses lovlighet i henhold til aml. § 15-13a.

Det er etter min oppfatning ikke klart hvorfor arbeidstaker heller ikke ved tvist over lovligheten av lavere aldersgrenser enn 70 år ikke har rett til å stå i stilling. Som påpekt i Gjensidigedommen, er slike aldersgrenser ikke uten videre gyldige, og det kan derfor oppstå tvister over aldersgrensens lovlighet. I såfall kan arbeidstaker ha reell interesse av å fortsette i stilling under tvistens behandling, dersom vedkommendes mål er å beholde jobben i fall aldersgrensen kjennes ulovlig, jfr. videre om dette i punkt 6.7.3. Dersom arbeidstaker har vært borte fra sin stilling i lengre tid, vil gjeninntredelse ofte være lite aktuelt, eller helt utelukket hvis vedkommende i mellomtiden har fylt 70 år. Holdbarheten av gjeldende rett slik det fremstår i dag bør etter min oppfatning underbygges nærmere i rettspraksis.

6.7.3 Virkninger av at en aldersgrense kjennes ulovlig

I dette punktet vil jeg redegjøre for hvilke virkninger som kan inntre dersom en aldersgrense kjennes ulovlig. Forutsetningen er altså at aldersgrensen ikke er saklig begrunnet, eller at den er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som rammes av den.

Varslingsbestemmelsene i aml. § 15-13a kommer altså istedenfor formkravene ved oppsigelser i aml. kapittel 15. Videre har arbeidstaker i følge forarbeidene ikke rett til å stå i stilling under tvist over aldersgrensens lovlighet. I dette punktet vil jeg drøfte spørsmålet om hvilke virkninger som inntreffer dersom aldersgrensen konstateres å være *ulovlig*, slik at arbeidstaker i utgangspunktet ikke hadde plikt til å fratre på dette grunnlag.

Arbeidsmiljøloven inneholder ingen spesielle bestemmelser om virkninger av at aldersgrenser kjennes ulovlige. Dersom en aldersgrense kjennes ulovlig, kan arbeidsgivers opphørsdisposisjon påberopes som en *de facto* uformell oppsigelse av arbeidstakers arbeidsforhold. Etter aml. § 15-5 (1) kan dette medføre ugyldighet, med mindre særlige omstendigheter gjør dette åpenbart urimelig. En slik disposisjon kan også innebære brudd på kravet til saklig oppsigelse i aml. § 15-7 (1). Oppsigelser i strid med denne bestemmelsen fører til at virkningene i aml. § 15-12 kan gjøres gjeldende. Alternativt vil også aml. § 13-9 komme til anvendelse. Bestemmelsen regulerer virkninger ved brudd på aml. kapittel 13. Dersom vilkårene om saklig begrunnelse og forholdsmessighet i aml. § 15-13a (1) annet punktum ikke er oppfylt, er utgangspunktet nemlig at det foreligger brudd på diskrimineringsforbudet i aml. § 13-1 (1). Dette følger av at aml. § 15-13a altså er et unntak fra det generelle forbudet mot aldersdiskriminering i aml. § 13-1 (1).

I henhold til aml. § 13-9 kan en aldersgrense i tariffavtale, arbeidsavtale, reglement, vedtekter mv. i strid med arbeidsmiljøloven kapittel 13 medføre ugyldighet, jfr. aml. § 13-9 (3). Arbeidsavtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker vil derimot ikke opphøre. Det er altså bare bestemmelsen om en aldersgrense som blir ugyldig. Dermed vil arbeidstaker for øvrig ha rett til å videreføre arbeidsforholdet i henhold til arbeidsavtalen. Arbeidstakere som må fratre på grunnlag av en ulovlig aldersgrense kan kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgiverens skyld, jfr. aml. § 13-9 (1). Spørsmålet om skyld kan få betydning ved fastsettelsen av kravets størrelse.¹³⁶ I tillegg kan erstatning for økonomisk tap som følge av diskriminering i strid med kapittel 13 kreves etter de alminnelige erstatningsrettslige regler, jfr. aml. § 13-9 (2). Arbeidsmiljøloven er

¹³⁶ Jakhelln (2006) s. 201

dessuten straffesanksjonert. Forsettelig eller uaktsom overtredelse av diskrimineringsbestemmelsene kan derfor være straffbart i henhold til aml. § 19-1 flg.

6.8 Vurdering av adgangen til å bringe et arbeidsforhold til opphør i henhold til aml. § 15-13a

Vedtakelsen av reglene om aldersgrenser har blitt kritisert i juridisk litteratur. Kritikken har blant annet dreid seg om at adgangen er svakt begrunnet og samsvarer dårlig med innholdet i direktivet.¹³⁷ For eksempel har det blitt stilt spørsmål ved om hensynet til verdig avgang kan forstås som et sosialpolitisk formål, slik det er definert i EU-retten.¹³⁸ Dessuten har det blitt pekt på at standardiserte aldersgrenser blir for sjablongmessige og problematiske å begrunne i henhold til den høye terskel som bør følge av direktivets artikkel 6 nr. 1 og aml. § 13-3.¹³⁹

Enkelte reelle hensyn taler etter min oppfatning særlig for en adgang til å bringe arbeidsforhold til opphør grunnet aldersgrenser. For det første kan det at arbeidsgiver slipper å foreta en individuell saklighetsvurdering av hver enkelt arbeidstaker være resurssparende for bedriften. For det andre er det grunn til å peke på at også mange arbeidstakere anser særaldersgrenser som et gode.¹⁴⁰ Videre er det mulig at arbeidstakere som i dag er omfattet av ordninger med aldersgrenser blir hardt rammet dersom det gjøres endringer i regelverket.

Til tross for dette, er det etter min oppfatning grunn til å være kritisk til reglene om aldersgrenser i aml. § 15-13a. Årsaken ligger i hensynet til to samfunnsforhold i Norge, nemlig den demografiske utviklingen og sysselsettingssituasjonen blant eldre.

Den gjennomsnittlige levealderen i Norge er økende.¹⁴¹ Forarbeidene til lovendringene om alderspensjon i folketrygdloven uttaler at det er forventet en markert aldring av

¹³⁷ Evju (2009) s. 4

¹³⁸ Evju (2009) s. 4

¹³⁹ Evju (2010) punkt. 6.5

¹⁴⁰ Utredning om aml. § 15-7 fjerde ledd ("70-årsregelen") s. 34

¹⁴¹ <http://www.ssb.no/dode//tab-2010-04-15-03.html>

befolkningen i årene fremover.¹⁴² Dette kommer til å stille pensjonssystemet overfor store finansielle utfordringer. En undersøkelse¹⁴³ viser at i overkant av 50 prosent av de pensjonerte innen politi og forsvar med en særaldersgrense på 60 år fortsatt er i arbeid. Disse tiltrer altså nytt arbeid etter å ha gått av fra sine tidligere stillinger. Undersøkelsen tyder på at mange arbeidstakere som går av på grunnlag av en særaldersgrense, fortsatt har arbeidsevne. For å kompensere for stigende pensjonsutgifter som følge av økt levealder, er det nødvendig at flere står lenger i arbeid. Dersom arbeidstakere utsetter pensjoneringen og fortsetter lenger i arbeid i tråd med forventet økning i levealder, kan Norge anslagsvis få rundt 35.000 flere sysselsatte årsverk i år 2020 i forhold til om reformen ikke hadde blitt innført.¹⁴⁴ Reglene om aldersgrenser er etter min oppfatning uegnet til å bidra til en slik utvikling, da disse tvert imot kan medføre begrensninger i eldres mulighet til å arbeide lenger.

Virkningene av å foreta endringer i adgangen til å benytte aldersgrenser må likevel sies å være usikre. Det er nemlig ikke gitt at sysselsettingen blant eldre kommer til å øke dersom adgangen til å fastsette særaldersgrenser innsnevres eller oppheves.¹⁴⁵

En undersøkelse referert til i forarbeidene¹⁴⁶ viste at 61 prosent mente det burde være adgang til en øvre aldersgrense i arbeidsforhold i 1985. I 2007 var denne andelen redusert til 30 prosent. Utviklingen kan altså se ut til å gå i retning av mindre aksept for et svekket stillingsvern på grunnlag av arbeidstakerens alder. At opinionen går i denne retning, er ikke uten videre et argument mot å opprettholde en viss rettslig *adgang* til å benytte aldersgrenser som sådan. Etter min oppfatning er det imidlertid grunn til å spørre om reglene i aml. § 15-13a i tilstrekkelig grad kan sies å være i overensstemmelse med samfunnsutviklingen. En nærmere vurdering av dette ligger utenfor avhandlingens rammer å drøfte. Etter min oppfatning kan det imidlertid være nærliggende å anta at reglene om aldersgrenser på sikt vil måtte revurderes.

¹⁴² Ot.prp. nr. 37 (2008-2009) s. 10

¹⁴³ Midtsundstad (2005)

¹⁴⁴ Lien (2009) s. 33

¹⁴⁵ Utredning om arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd ("70-årsregelen") s. 34

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 66

7 Konklusjon

I dette punktet vil jeg på bakgrunn av gjeldende rett, slik den er fremstilt i det foregående, trekke en konklusjon om adgangen til å bringe et arbeidsforhold til opphør på grunnlag av aldersgrenser i medhold av aml. § 15-13a.

Når det gjelder den generelle 70-årsgrensen, innebærer regelen en ubetinget adgang til å bringe arbeidsforholdet til opphør dersom arbeidstakeren har fylt 70 år. Bestemmelsen anses å være i overensstemmelse med direktivet. 70-årsgrensen er per i dag ikke veldig praktisk, da mange arbeidstakere fratrer sin stilling før de fyller 70 år.

Når det gjelder lavere aldersgrenser enn 70 år, har fremstillingen vist at det i utgangspunktet er tale om en snever unntaksadgang. Adgangen til å bringe et arbeidsforhold til opphør på dette grunnlag beror på en helhetsvurdering, hvor vilkårene som gjør seg gjeldende til dels er av skjønnsmessig karakter. Vilåret om saklig begrunnelse fremstår som et relativt vidt begrep. Vurderingen av saklige formål er imidlertid begrenset av EU-retten, som fastslår at formålet må ligge innefor direktivets rammer. Innenfor disse rammene fremstår derimot adgangen til å bringe et arbeidsforhold til opphør grunnet alder som nokså stor. Kravet til forholdsmessighet utgjør også en begrensende faktor, ved at aldersgrensen forutsetter en viss økonomisk kompensasjon for å være gyldig. I praksis vil derfor de fleste særaldersgrenser under 70 år være fastsatt i forbindelse med en tjenstepensjonsordning i bedriften.

Varslingsbestemmelsene i aml. § 15-13a innebærer at arbeidstaker ikke har krav på formell oppsigelse ved opphør av arbeidsforhold som følge av nådd aldersgrense. Arbeidstaker har heller ikke krav på å stå i stilling ved tvist over lovligheten av en aldersgrense i henhold til aml. § 15-11.

8 Litteraturliste

Lover

Lov om arbeidstvister (Arbeidstvisteloven) av 5. mai 1927 nr. 1

Lov om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn (Aldersgrenseloven) av 21. desember 1956 nr. 1

Sjømannslov (Sjømannsloven) av 30. mai 1975 nr. 18

Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. av 4. februar 1977 nr. 4

Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 9. juni 1978 nr. 45

Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19

Lov 26 mars 2004 nr. 15 om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) av 3. juni 2005 nr. 33

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62

Lov om obligatorisk tjenstepensjon (OTP-loven) av 21. desember 2005 nr. 124

Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 20. juni 2008 nr. 42

Lov om endringer i folketrygdloven (ny alderspensjon) av 5. juni 2009 nr. 32

Lov 19. juni 2009 nr. 39 om endringer i arbeidsmiljøloven

Forarbeider

NOU 2003: 2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet

Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp. nr. 85 (2005-2006) Om lov om endringer i sjømannslov 30. mai 1975 nr. 18

Ot.prp. nr. 37 (2008-2009) Om lov om endringer i folketrygdloven (ny alderspensjon)

Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)

Utredning om arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd ("70-årsregelen") (Arbeids- og inkluderingsdepartementet), 2008

NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern

Rettspraksis fra norske domstoler

Høyesterett

Kystlinkdommen HR-2010-00303-A (sak. nr. 2009/1594)

Utsettelse av
Helikopterpilotdommen HR-2010-1398-F

Høyesteretts ankeutvalg

Anke over
SAS-pilotdommen HR-2010-2107-U

Anke over
Gjensidigedommen HR-2011-521-U

Lagmannsrettene

RG-1968-371

NAD-1986-207

LB-1995-1486

LH-2006-71399

Helikopterpilotdommen LG-2009-41184 (sak nr. 09-041184ASD-GULA/AVD2)

SAS-pilotdommen LB-2009-165616 (sak nr. 09-165616ASD-BORG/02)

Gjensidigedommen LB-2010-99479 (sak nr. 10-099479ASD-BORG/03)

Tingrettene

Statoildommen TSTAV-2005-75777

EU-direktiv

Hentet fra nettsidene til Eur-lex:

<http://eur-lex.europa.eu/>

2000/43/EF	Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (dansk oversettelse)
2000/78/EF	Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (dansk oversettelse)

Konvensjoner

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 4. november 1950
ILO-konvensjon nr. 111	International Labour Organizations konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke, 25. juni 1958
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966
Lisboa-traktaten	Lissabontraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det

Europæiske Fællesskab, underskrevet i Lissabon den 13.
december 2007 (dansk oversættelse)

EU-domstolens afgørelser

Hentet fra nettsidene til Eur-lex:

<http://eur-lex.europa.eu/>

Mangolddommen	Sag C-144/04 Werner Mangold mod Rüdiger Helm, dom af 22. november 2005
De la Villa-dommen	Sag C-411/05 Félix Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA, dom af 16. oktober 2007
Age Concern-dommen	Sag C-388/07 The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) mod Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, dom af 5. mars 2009
Rosenbladtdommen	Sag C-45/09 Gisela Rosenblatt mod Oellerking Gebäudereinigungsges, dom af 12. oktober 2010
	Sag C-447/09 Reinhard Prigge, Michael Fromm og Volker Lambach mod Deutsche Lufthansa AG

Litteratur

Eckhoff (2001)	Thorstein Eckhoff, <i>Rettskildelære</i> , 5. udgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget, Oslo, 2001
----------------	--

- Ruud, Ulfstein (2006) Morten Ruud, Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2006
- Jakhelln (2006) Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Damm, Oslo, 2007
- Evju (2010) Stein Evju, *Aldersdiskriminering, likebehandling og pensjonsalder. Om Mangold, Chacon Navas – og arbeidsmiljølovens kap. 13*. I: *Arbeidsrett, Utvalgte artikler 2001-2010*, Universitetsforlaget, Oslo, 2010.

Artikler og rapporter

- Midtsundstad (2005) Tove Midtsundstad, *Ikke nødvendigvis sliten...En analyse av tidlig pensjonering og seniorpolitikk i staten*, FAFO-rapport, 2005.
- Evju (2009) Stein Evju, *Proposisjon om "70-årsregelen" i arbeidsmiljølovens § 15-7*. I: *Nytt i privatreten*, årg. 11 nr. 2/2009
- Lien (2009) Ole Christian Lien, *Pensjonsreformen 2011 – effekter de første ti årene*, *Arbeid og velferd* nr. 1, 2009

Artikkel og tabell fra ssb.no:

Velferdsstaten trenger mange i arbeid, 25.01.2010

http://www.ssb.no/magasinet/norge_verden/art-2010-01-25-01.html

[sitert 28.03.2011]

Tabell 3 Forventet gjenstående levetid for menn og kvinner på utvalgte alderstrinn.1866-2009, 2010

<http://www.ssb.no/dode//tab-2010-04-15-03.html> [sitert 28.03.2011]

